Die Erledigung des Rechtsstreits

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Baerwald

Referendar

Rostock

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei

1930

Referent: Professor Dr. Hans Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater!

Disposition.

Seite

A. **Der Begriff „Rechtsstreit" und seine Bedeutung** . . . 1

a) im alltäglichen Sprachgebrauch 1
b) in der ZPO. 2
c) in dem Rechtsinstitut der Erledigung 3

B. **Die Erledigung des Rechtsstreits** 6

I. Wesen der Erledigungserklärung 6

a) Bei übereinstimmenden Parteierklärungen . . . 9
b) Bei entgegengesetzten Anträgen 12

II. Die prozessuale Behandlung der Erledigungserklärung 19

III. Die Wirkungen der Erledigung: 23

a) Kosten 23
b) Rechtskraft 47
c) § 82 des Aufwertungsgesetzes 49

Literatur-Verzeichnis.

Bernstein. Übergang vom Urkundenprozeß zum ordentlichen Verfahren nach Erledigung der Hauptsache. ZZP. 51, 104.

Ebbecke. Verfügungsmacht im Prozeß. ZZP. 48, 150.

Derselbe. Umfang des Rechtstreits. ZZP. 47, 229.

Ederheimer. Die Erledigung des Rechtsstreits. ZZP. 19, 262.

Enneccerus. Allgemeiner Teil des BGB. 30.—34. Aufl. 1928.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Förster-Kann. Die Zivilprozeßordnung fürs Deutsche Reich. Bd. 1, 1913. 3. Aufl.

Förtsch. Die sogenannte evtl. Aufrechnung unter dem Recht des BGB. bei Gruch. 42, 225.

Friedländer. Kosten des außerordentlichen Vergleichs. ZZP. 53, 285.

Derselbe. Übergang zum Antrag auf Verurteilung zu den Kosten nach Erledigung zur Hauptsache. ZZP. 53, 24.

Friedrichs. Anfechtung von Streithandlungen. ZZP. 50, 82.

Gerson. Die Erledigung des Klageanspruchs während des Prozesses. ZZP. 19, 262.

Gmelin. Prozeßkostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Im „Recht" 1907, S. 1288.

Goldschmidt. Zivilprozeßrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Berlin 1929.

Groh. Der Anspruch auf Rechtspflege. ZZP. 51, 145.

Grosse. Die Erledigung des Rechtsstreits. Diss. 1907.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruch.)

Gürten. Erledigung der Hauptsache. Würzburger Abhandlung, Heft 8, 1914.

Hahn. Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung. 1. Abt. Berlin, 1880.

Hoche. Zu § 82 AufwG. JW. 1925, S. 2583.

Juristische Wochenschrift. (JW.)

Kleinfeller. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses. Berlin 1925, 3. Aufl.

Derselbe. Prozeßherrschaft. ZZP. 53, 1.

Lange. Willensmängel bei Prozeßhandlungen. ZZP. 53, 245.
Lazarus. Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozeß. Gruch. 52, 593.
Lemberg. Erledigung im Sinne des § 82 AufwG. ZZP. 51, 300.
Mannherz. Die Entscheidung der Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. 49, 66.
Marquardt. Urteilsmäßige Feststellung einer Erledigung der Hauptsache. ZZP. 45, 461.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. 3, 2. Aufl. Berlin 1896.
Pick. Erledigung einer einstweiligen Verfügung. Kostenpunkt. ZZP. 51, 104.
Rosenberg. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses. 1. u. 2. Aufl.
Salinger. Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. 47, 81.
Schlegelberger-Harmening. Das Aufwertungsgesetz. 5. Aufl.
Schlichter. Verfahren bei Zahlungseinrede im Verhandlungstermine. ZZP. 26, 499.
Seuffert. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. (Seuff. Arch.)
Schmidt-Ernsthausen. Wenn in einem Widerspruchsprozesse der Beklagte die Pfandstücke erst nach der Durchführung der Beweisaufnahme freigibt, dann treffen ihn die Kosten des Rechtsstreits. ZZP. 53, 437.
Skonietzki-Gelpke. Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Bd. Berlin 1911.
Sonnen. Urteil nach außergerichtlichem Vergleich. ZZP. 54, 160.
Stein. Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Aufl. 1924.
Stein-Jonas. Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1928.
Stölzel. Schulung für zivilistische Praxis, 2. Teil, Berlin 1891. 2. Aufl.
Weismann. Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. ZZP. 26, 36.
Windscheid-Kipp. Pandekten Bd. 1.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (ZZP.).

A. Der Begriff „Rechtsstreit“ und seine Bedeutung.

a) Der Ausdruck „Rechtsstreit“ hat verschiedene Bedeutung. Im alltäglichen Sprachgebrauch bedeutet dieser Begriff ein Streiten um Rechte. Wenn z. B. der nach dem Gesetz zum Empfang des Kaufpreises für eine von ihm übereignete und übergebene Sache Berechtigte auf Leistung des ihm nach Gesetz zustehenden Kaufpreises drängt, wenn jemand das Eigentum an einer Sache für sich in Anspruch nimmt, oder wenn jemand die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft anstrebt, und wenn sich der Wille des anderen Teils der Realisierung des eventuell nach Gesetz berechtigten Begehrens entgegenstellt, so liegt materiell ein Rechtsstreit = Rechtsstreitigkeit vor. Diese Rechtsstreitigkeit kann entweder in der Differenz der Auffassung zweier oder mehrerer Parteien über den Machtbereich der jeder von ihnen auf Grund der objektiven Rechtsnorm zustehenden Rechte oder darin begründet sein, daß eine Partei sich der Verwirklichung des gegnerischen Rechts trotz Anerkennung seiner Gesetzmäßigkeit entgegenstemmt. Im letzteren Falle kann dem an sich anerkannten Recht seine Verwirklichung einmal versagt werden, weil die dem Recht entsprechende Herstellung der äußeren Verhältnisse nicht möglich ist, z. B. bei Unmöglichkeit einer Leistung, ein andermal, weil die Verwirklichung des Rechts nach dem Willen der Gegenpartei nicht eintreten soll, z. B. Verweigerung einer Leistung aus Schikane. Sind somit auch die Ursachen für die Entstehung einer Rechtsstreitigkeit verschiedener Art, so hängt dieselbe doch lediglich in sämtlichen Fällen von einer gemeinsamen Voraussetzung ab: dem Willen der Parteien. Bei ihm liegt es selbst da, wo die Verwirklichung eines Rechts aus tatsächlichen Gründen wie objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit nicht eintreten kann, ob hierüber eine Rechtsstreitigkeit entstehen soll. Wie der Wille der Parteien die allerletzte Ursache für die Entstehung einer Rechtsstreitigkeit ist, so ist er es auch für ihre Beendigung. Denn

nur von ihm hängt es ab, ob eine bereits ausgebrochene Rechtsstreitigkeit durch gegenseitiges Nachgeben resp. Verzicht oder Anerkenntnis nur einer Partei wieder beigelegt werden soll. Die objektive Rechtslage dagegen hat auf die Entstehung wie Beendigung eines „Rechtsstreits" — dieser Begriff ist auch hier immer noch im Sinne des materiellen Streiten um Rechte zu verstehen — keinerlei direkten Einfluß, sondern schwebt evtl. als eins der mit dem Streit verfolgten Ziele über den Parteien.

b) In einem hiervon verschiedenen Sinne gebraucht die ZPO. den Ausdruck „Rechtsstreit". Sie bezeichnet hiermit das zur Feststellung der objektiven Rechtslage von den Parteien vor den Gerichten anhängig gemachte einzelne Verfahren. Seltener wählt sie den der Deutlichkeit und historischen Entwicklung halber zu begrüßenden Ausdruck „Prozeß". Wenn auch das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit im obigen Sinne gewöhnlich die Voraussetzung für die Entstehung eines Prozesses bildet, so ist dies doch nicht ein derartiges wesentliches Erfordernis, das bei seinem Nichtvorhandensein ein Prozeß etwa überhaupt nicht entstehen könnte. Durch Klageerhebung z. B. auf Feststellung von nie bestrittenen Rechten, ist ein Prozeß oder Rechtsstreit im Sinne der Gesetzessprache anhängig geworden. Erkennt der Beklagte im ersten Termin sofort an, so wird dieser Prozeß, dem gar kein Streiten um Rechte zugrunde liegt, durch das gemäß § 307 ZPO. zu erlassende Anerkenntnisurteil beendigt. Andererseits kann trotz wirklichen Bestehens einer Rechtsstreitigkeit diese ohne Zuhilfenahme des Gerichtsapparats durch Parteiabrede, zum Beispiel Vergleich, seine Erledigung finden. Rechtsstreitigkeit und Prozeß sind somit in ihrer Entstehung von einander unabhängig, dagegen nicht in ihrer Beendigung, wie an dem zu behandelnden Institut der Erledigung des Rechtsstreits später zu zeigen versucht werden soll.

Jedes bei dem Gericht anhängige Verfahren hat eine verschiedene Ausdehnungsmöglichkeit. Bedingt durch seine rechtlichen Voraussetzungen kann es durch verschiedene Instanzen gehen. Ein Prozeß erstreckt sich je nach dem Wert der Streitsache und bei vorliegenden Rechtsmittel-Voraussetzungen nach dem Parteiwillen in die höheren Instanzen. Das vor einem Landgericht schwebende, durch Urteil be-

endigte Verfahren ist, wenn keine Partei ein Rechtsmittel ergreift, ebensosehr der „Rechtsstreit" = Prozeß wie das durch Einlegen von Rechtsmitteln bis in die Revisionsinstanz getriebene. Die jedesmalige tatsächliche Ausdehnung eines Prozesses ist der „Rechtsstreit" schlechthin. Durch den bevorzugten Gebrauch des Begriffs „Prozeß" sollte dem „Rechtsstreit" bereits einen auf das Verfahren über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränkten Sinn gegeben werden [1]). Unter dieses Verfahren über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind für die vorliegende Arbeit nicht nur die ordentlichen in den §§ 253—510 der ZPO. geregelten Verfahrensarten zu rechnen, sondern auch die außerordentlichen, wie z. B. Urkunden- und Wechselprozeß, Arrest und einstweilige Verfügung [2]).

c) Wenn nun die Gesetze den Ausdruck „Erledigung des Rechtsstreits" einen „Rechtsstreit erledigen" und ähnliche verwenden [3]), wollen sie darunter hauptsächlich die Beendigung eines Prozesses durch alle gewöhnlichen und nur möglichen Beendigungsgründe verstanden wissen. Die Gründe, die jeweils zur Beendigung eines Prozesses führen können, sind verschiedener Art. Der allgemeinste Beendigungsgrund eines Prozesses ist das rechtskräftige Endurteil, durch das der Staat einen Teil der ihm den Parteien gegenüber obliegenden Aufgaben erfüllt [4]). Neben diesem gerichtlichen Akt können die Parteien selber Gründe herbeiführen, die das vor dem Gericht anhängige Verfahren zu einem Abschluß bringen. Nimmt z. B. der Kläger mit Einwilligung des Beklagten nach seiner Einlassung in die Hauptsache die Klage zurück, so bewirkt diese lediglich von den Parteien abhängige Klagezurücknahme ebenfalls die Beendigung des Prozesses [5]). Derselbe Effekt wird durch einen von den Parteien vor Gericht abgeschlossenen Vergleich, Verzicht des Klägers auf das

---

1) Rechtsstreit im weitesten Sinne würde auch noch das Verwaltungsstreitverfahren mit umfassen; dieses scheidet für die vorliegende Arbeit aus.

2) ZZP. 51, 104; vgl. auch ZZP. 53, 437.

3) Vgl. ZPO. §§ 149, 278, 279, 321 Abs. 4, 544 u. a.

4) Auch die Zwangsvollstreckung gehört in den Aufgabenkreis des Staates.

5) Allerdings nur in der Hauptsache; hinsichtlich der Kosten bleibt der Rechtsstreit noch anhängig arg. § 271, Abs. III, S. 2.

Anerkenntnis- des Beklagten auf das Verzichtsurteil erzielt [6]). Daneben führen noch andere nicht im Willen der Parteien oder der Macht des Gerichtes liegende Ereignisse die Prozeßbeendigung herbei, z. B. die Versäumung der Ergänzungsfrist nach § 321 ZPO. Daß alle diese Beendigungsgründe unter den von den Gesetzen oft gebrauchten Begriff „Erledigung des Rechtsstreits" fallen, zeigt beispielsweise der § 148 ZPO. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits (Hauptsache) ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Prozesses bildet, anordnen, daß die Verhandlung bis zur „Erledigung des anderen Rechtsstreits" auszusetzen sei. Hier ist es offenbar, daß das Präjudizialverhältnis durch die sämtlichen, oben angeführten Beendigungsgründe erledigt werden kann. Ferner werden gemäß § 443 ZPO. Urkunden, deren Echtheit bestritten ist, oder deren Inhalt verändert werden soll, bis zur „Erledigung des Rechtsstreits" unter gewissen Voraussetzungen auf der Geschäftsstelle verwahrt. Auch hier versteht das Gesetz unter „Erledigung des Rechtsstreits" die endgültige Beendigung eines gerichtlichen Verfahrens durch alle nur möglichen und zulässigen Beendigungsgründe. Ebenfalls in diesem weiteren Sinne spricht das BGB. in den §§ 1349, 1309 Abs. 2, 1596 Abs. 2 und 3 von einer Erledigung des Rechtsstreits. Ein engerer Begriff dieser Erledigung ist insofern vorhanden, als im Falle das § 34 BGB. das Urteil aus der Reihe der Erledigungsgründe ausscheidet. Gemäß § 34 BGB. ist ein Vereinsmitglied dann nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung unter anderem die Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Verein betrifft. Während aber die Mitglieder indirekt dadurch auf die Beendigung des Prozesses einzuwirken vermögen, daß sie zu einer vorgeschlagenen Zurücknahme der Klage resp. zu einem zu schließenden Vergleich Stellung nehmen, ist diese Einwirkungsmöglichkeit für das dem Richter vorbehaltene Urteil ausgeschlossen. Das Urteil scheidet damit in diesem Falle aus dem weiteren Begriff der Erledigung eines Rechtsstreits

---

6) Dieser Verzicht ist nicht in dem bloßen Unterlassen des nach den §§ 306/307 erforderlichen Antrag zu sehen, sondern muß dem Gericht gegenüber ausdrücklich erklärt werden.

aus. Im § 211 BGB. stellt dagegen der Gesetzgeber den Begriff der rechtskräftigen Entscheidung neben den der anderweitigen Erledigung und stellt somit den Einklang mit dem Sprachgebrauch der ZPO. wieder her, die nur den weiteren Begriff der Erledigung im obigen Sinne kennt.

Bei dieser Verschiedenheit der Bedeutung der „Erledigung des Rechtsstreits" sowie wegen des Erscheinens dieses Begriffes in den verschiedenen Gesetzen ist es abzulehnen, in ihm eine typische prozeßrechtliche Erscheinungsform zu sehen. Diese liegt vielmehr in dem zu behandelnden selbständigen Rechtsinstitut der sogenannten „Erledigung des Rechtsstreits". Dieselbe ist von der obigen Erledigung grundverschieden und hat mit dem vom Gesetz gebrauchten Ausdruck für die Beendigung eines Prozesses nur den Namen gemein. Insofern allerdings kann man von einer gewissen Verbundenheit dieser Erscheinungen sprechen, als das Rechtsinstitut der „Erledigung des Rechtsstreits" einen Unterfall der allgemeinen Beendigungsgründe eines Prozesses darstellt. Häufig und auch richtiger ist für das Rechtsinstitut der Erledigung die Bezeichnung „Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil" oder „Erledigung der Hauptsache". Sucht man nach einer Begründung für den ungenauen Ausdruck „Erledigung des Rechtsstreits", so kann man diese m. E. nur aus einer sprachlichen Bequemlichkeit herleiten. Aus der „Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil", wo der Begriff „Rechtsstreit" noch gleich Prozeß zu setzen ist, wurde die „Erledigung des Rechtsstreits". Wollte man ganz genau sein, so müßte es heißen „Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil über die Hauptsache", da die Erledigung eine Entscheidung über die Kosten nicht ausschließt. Wenn trotzdem für die vorliegende Arbeit die Bezeichnung „Erledigung des Rechtsstreits" gewählt wurde, so geschah dies insbesondere in Rücksicht auf einen von der Wissenschaft für das Prozeßrecht geprägten Begriff.

Der oft gebrauchte Ausdruck „Erledigung der Hauptsache" zeigt bereits, daß jetzt unter Rechtsstreit nicht das gerichtliche Verfahren zu verstehen ist, sondern hier tritt uns ein dritter Begriff entgegen, der auch mit der eingangs der Arbeit betonten Bezeichnung Rechtsstreit = Rechtsstreitigkeit schon deswegen nicht identifiziert werden darf, weil dieser ein rein prozeßrechtlicher Begriff ist, jener aber dem

allgemeinen Sprachgebrauch angehört. „Rechtsstreit“ bedeutet jetzt die Hauptsache. Der Begriff „Hauptsache“ wird von der ZPO. in der verschiedensten Bedeutung verwandt: In den §§ 39, 271 ZPO. z. B. bedeutet er den in der Klage geltend gemachten Anspruch. Dagegen bedeutet im § 274 Abs. 1 und 3 ZPO. „Verhandlung zur Hauptsache“ mehr als bloß die Verhandlung über den Klageanspruch insofern, als sie auch die Verhandlung über eine Prozeßvoraussetzung, die nicht im § 274 Abs. 2 genannt ist mitumfaßt; im § 340 Abs. 3 ZPO. ist sie gleich dem Gegensatz zur Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs. Für die vorliegende Arbeit ist der „Hauptsache“ die Bedeutung des in der Klage geltend gemachten Anspruchs zu geben. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch ist nach Rosenberg[7]): „Das von dem Kläger bei Leistungsklagen zum Ausdruck gebrachte Begehren der Verurteilung zu einer Leistung aus einem behaupteten und festzustellenden Schuldverhältnis, bei Feststellungsklagen das Begehren, ein Rechtsverhältnis als bestehend oder nichtbestehend festzustellen, bei Gestaltungsklagen das Begehren einer richterlichen Rechtsänderung auf Grund eines behaupteten materiellen Gestaltungsrechts.“

B. Die Erledigung des Rechsstreits.

I. Wesen der Erledigungserklärung.

Die „Erledigung der Hauptsache“ setzt begrifflich voraus, daß sich das vom Kläger zum Ausdruck gebrachte auf rechtskraftfähige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren nach Klageerhebung durch das Vorliegen irgendeines Tatbestandes erledigt hat. Diesen Tatbestand stellt die sogenannte Erledigungserklärung dar. Inhaltlich lautet die vom Kläger auszugehende Erklärung: Ich erkläre den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Weiter wird zu der Erklärung noch hinzukommen der Antrag auf Kostenentscheidung. Der Kläger wird zu diesem Rechts-

7) § 87, I, 1 b.

behelf schreiten, wenn gewisse äußere, nach Klageerhebung auftretende Tatsachen, die sogenannten Erledigungsgründe, seinen bisher zulässigen und begründeten Klageantrag gegenstandslos erscheinen lassen. Wird der Kläger z. B. nach Zustellung der Klage von dem auf Zahlung beklagten Schuldner befriedigt, so ist damit, der durch das gerichtliche Verfahren verfolgte Hauptzweck erreicht. Ein vom Gericht jetzt noch erlassenes Urteil wird, wenn man es auch nicht als überflüssig bezeichnen darf — man denke an die Rechtskraft und, vorausgesetzt daß der Beklagte die Tatsache der Zahlung im Prozeß vorbringt, an das Interesse der Parteien an einer rechtskräftigen Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs, — so doch in sehr vielen Fällen von den Parteien nicht mehr gewünscht werden. Diesem Bedürfnis nach Vereinfachung will das Institut der Erledigung dienen. Die Erledigungsfälle lassen sich beliebig vermehren: Der Beklagte rechnet z. B. erst im Laufe des Prozesses mit einer bereits vor oder nach Erhebung der Klage aufrechenbaren Gegenforderung gegen die Klageforderung auf, oder es tritt nach Klageerhebung eine Gesetzesänderung ein, die den nach altem Recht begründeten Anspruch unbegründet werden läßt. Der Kläger, der gegen den Nießbrauchberechtigten wegen Feststellung des Nießbrauchs Klage erhoben hat, wird durch den Tod des Gegners klaglos gestellt, da der Nießbrauch unvererblich ist. Überhaupt gehören hierhin alle Fälle, in denen anhängige Prozesse, deren Gegenstand unvererbliche Rechtsbeziehungen bilden, durch den Tod einer der Parteien abgebrochen werden. Ausdrücklich erklärt ist dies in dem § 628 ZPO.: Stirbt während eines Rechtsstreits, welcher die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe, oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe bzw. die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstand hat, ein Ehegatte, so ist der „Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt" anzusehen. — Das Gleiche gilt von einem Prozeß über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten § 1090 Abs. 2 BGB. Der Tod des auf eine Werkleistung Verklagten die durch die Individualität des Verpflichteten charakterisiert ist, erledigt den Prozeß in der Hauptsache. Einen weiteren Erledigungsgrund bildet der zufällige Untergang der im Streit befangenen Sache. Oder Kläger überträgt, nachdem er wegen Unterlassung von Einwirkungen auf eine ihm gehörige Sache auf Fest-

stellung seines Eigentums geklagt hat, das Eigentum an dieser Sache auf einen Dritten u. ä. m. Diesen Beispielen ist allen gemeinsam, daß sie Ereignisse darstellen, die den gewöhnlichen Beendigungsakt eines Prozesses, das Urteil, als überflüssig erscheinen lassen. Denn teils ist der durch die Klage erstrebte Erfolg bereits eingetreten, teils mangelt es im Laufe des Rechtsstreits an solchen Voraussetzungen, die für den Kläger für ein Obsiegen von ausschlaggebender Bedeutung sind. In allen solchen Fällen wird eine vernunftgemäße Prozeßführung daran Interesse haben, den für sie in Bewegung gesetzten staatlichen Apparat zum Stillstand zu bringen. Dies will jene Erledigungserklärung des Klägers erreichen.

Man kann die Zulässigkeit des noch näher zu erörternden Instituts nicht deswegen leugnen, weil dasselbe keine gesetzliche Regelung gefunden hätte, bzw. auf den Fall des § 628 ZPO. und wenige analoge Fälle beschränken. Das letztere versucht z. B. Grosse[8]) durch folgende Argumentation zu erreichen: In dem § 628 erscheine folgendes Prinzip: Rechtsstreitigkeiten, die unvererbliche Rechtsverhältnisse betreffen, werden durch den Tod des Rechtssubjekts in anderer Weise beeinflußt, wie sonstige Prozesse. Während der Tod der Partei unter gewöhnlichen Umständen gemäß § 239 die Unterbrechung des Prozesses zur Folge habe, bestimme § 628 als lex specialis mangels einer materiellen Rechtsnachfolge das Erlöschen des Rechtsstreits. Dieses Prinzip wäre lediglich auf derartig gelagerte Fälle, wo wegen Mangels einer materiell-rechtlichen Nachfolge der Eintritt in die prozessuale Succession gehindert wäre, analog anzuwenden, nicht aber über diesen beschränkten Kreis hinaus ausdehnbar. — Diesem gegenüber ist folgendes festzustellen: Der Grund des § 628 liegt in dem Schicksal, das der geltend gemachte Anspruch durch den Tod eines Ehegatten erfährt. Es ist jetzt unmöglich, die Ehe auf Grund der Scheidungs- resp. Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage aufzulösen, weil die Ehe nicht mehr besteht, der Gegenstand des Eheprozesses untergegangen ist[9]). Der aus der Norm des § 628 abzuleitende Grund-

---

8) Grosse, „Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil." S. 13 ff.

9) Vgl. RG. 58, 417.

gedanke ist demnach; besteht zu Beginn eines Prozesses dasjenige Rechtsverhältnis, dessen Existenz der Kläger im Wege der Klage — sei es auch nur mittelbar wie z. B. bei der Scheidungsklage [9a]) behauptet, und fällt dasselbe im Laufe des Rechtsstreits fort, so wird kein Urteil zur Hauptsache gefällt. Für die beschränkte Analogie im Sinne Grosse's gibt der § 628 keinen Anhalt. Weiter spricht dagegen die Tatsache, daß die Erledigung der Hauptsache neben dem § 628 ZPO. noch in anderen Gesetzen Anerkennung gefunden hat. So hat der Gesetzgeber sich noch jüngst zu ihr in dem § 82 Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 sowie dem § 52 c des Mieterschutzgesetzes in der Fassung vom 17. Februar 1928 bekannt. Auch die Entstehungsgeschichte des jetzigen § 864 BGB. spricht m. E. dafür, daß das gerichtliche Verfahren — abgesehen von dem gesetzlichen Fall des Vergleichs — nicht notwendig mit einem Urteil zu enden braucht. Der Vorläufer dieser Bestimmung, § 823 des ersten Entwurfs zum BGB., sah die Erledigung der Besitzklage in der Hauptsache vor, wenn vor ihrer Entscheidung rechtskräftig ein Recht des Beklagten festgestellt würde, dem der durch seine Eigenmacht hergestellte Besitzstand entspräche.

Den Inhalt der Erledigungserklärung vermag man nunmehr genauer dahin zu präzisieren, daß die Erklärung inhaltlich die Behauptung des Klägers enthält, daß der Klaganspruch bis zum Eintreten des Erledigungsgrundes während des Prozesses bestanden habe, jetzt aber nicht mehr bestehe, und daß daher der Beklagte die Kosten tragen müsse.

Die Erledigungserklärung kann mit Übereinstimmung des Beklagten oder auch im Gegensatz zu seinem Klageabweisungsantrag abgegeben werden. Ob sie jedoch mit oder ohne Übereinstimmung des Beklagten dem Gericht gegenüber erklärt wird, hat Einfluß auf die prozessuale Behandlung, da die beiden Erklärungsarten in ihrem Wesen verschieden sind. Dies bedarf der näheren Klärung:

a) Gibt der Kläger mit dem übereinstimmenden Willen des Beklagten die Erledigungserklärung ab, so gibt er damit zu erkennen, daß er eine durch Urteil sonst zu erfolgende Feststellung darüber, ob die vorgetragenen Tatsachen unter die Normen des objektiven Rechts subsumiert das Klagebe-

9 a) Behauptet wird mit der Scheidungsklage der Scheidungsanspruch und mittelbar damit das Bestehen der Ehe.

gehren rechtfertigen, vermeiden will. Zugleich behauptet er, daß sich sein Klageanspruch erledigt habe, und er deswegen nur den Kostenantrag stelle. Er verzichtet dagegen nicht mit der Erledigungserklärung auf seinen Klageanspruch, d. h. die Erledigungserklärung ist kein Klagverzicht im Sinne der §§ 306, 349 S. 1 Ziff. 3 ZPO. Wäre die Erledigungserklärung ein Klagverzicht, dann würde der Kläger von sich aus den anfänglichen Klageanspruch ganz resp. teilweise fallen lassen, d. h. freiwillig die Klagebehauptung zurücknehmen. Er behauptet jedoch gerade mit der Erledigungserklärung, daß der ursprünglich begründete Klaganspruch durch andere nicht von seinem Willen abhängige Tatsachen sich erledigt habe und er ihn deswegen als gegenstandslos fallen lasse. Während der Klagverzicht die gänzliche Aufgabe der Klagebehauptung als von Anfang an unbegründet ist, und der Kläger in dem Verfahren unterliegen will, verwahrt er sich bei der Erledigungserklärung ausdrücklich durch die Stellung des Kostenantrags gegen eine solche Folgerung. Die Erledigungserklärung ist aber auch keine Klagezurücknahme. Bei der letzteren will Kläger sein in der Klage gestelltes Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz durch Urteil für das gerade anhängige Verfahren widerrufen und somit die Rechtshängigkeit beseitigen, dagegen beseitigt die Erledigungserklärung die Rechtshängigkeit nicht. Dadurch, daß der Beklagte sich seinerseits dieser Erledigungserklärung ausdrücklich oder stillschweigend anschließt, gibt er zu verstehen, daß er seinen ursprünglichen Klagabweisungsantrag nicht mehr aufrecht halten wolle, da der Klaganspruch, auf dessen Abweisung allein der Antrag des Beklagten sich richtete, nicht mehr bestehe. D. h. aber, die Parteien haben hinsichtlich der Hauptsache ihre Anträge fallen gelassen, und das Gericht ist jetzt gezwungen, innerhalb der noch vorhandenen Kostenanträge seine Entscheidung zu treffen § 308 ZPO. Ob dabei tatsächlich ein Erledigungsgrund vorgelegen hat, der die Abgabe der Erledigungserklärung rechtfertigt, ist gleichgültig. Selbst wenn die Parteien sich darüber einig wären, daß ein Erledigungsgrund gar nicht gegeben sei, und auch dem Gericht bekannt wäre, daß die von den Parteien vorgenommene Aufgabe der Anträge zur Hauptsache ohne irgendwelchen Erledigungsgrund erfolgte, müßte das Gericht seine Entscheidung auf die Kosten beschränken. Irgendeine Möglichkeit, die Parteien zum Auf-

rechthalten der Hauptanträge zu zwingen, besteht für den Richter nicht. Allerdings läuft der Kläger bei Nichtbenennung des Erledigungsgrundes Gefahr, daß in jener Erledigungserklärung eine durch die ausdrückliche bzw. stillschweigende Einwilligung des Beklagten zulässig gewordene Klagezurücknahme gesehen wird, und ihn die unbedingte Kostenpflicht gemäß § 271 Abs. 3 ZPO. trifft. Denn die Klagezurücknahme braucht nicht unbedingt mit der Erklärung zu erfolgen: Ich nehme die Klage zurück, sondern kann sogar in einer Beschränkung des Klaganspruchs zum Ausdruck kommen[10]; zum wenigsten ist sie der Auslegung fähig. Unter Umständen kann in der Erledigungserklärung eine versteckte Klagezurücknahme gesehen werden, nämlich dann, wenn ein Erledigungsgrund überhaupt nicht oder so ungenau angegeben wird, daß z. B. nicht beurteilt werden kann, ob ein Erledigungsgrund vorliegt. Aus dieser Tatsache darf man jedoch nicht auf ein Erfordernis der Benennung des Erledigungsgrundes schließen. Auch bei Nichtbenennung des Erledigungsgrundes kann die Erledigung ausgesprochen werden, falls andere Umstände darauf hinweisen. Mag der Richter in der beiderseitigen Erledigungserklärung nicht eine solche, sondern eine Klagezurücknahme sehen, eine Entscheidung zur Hauptsache darf nicht mehr ergehen. Das Gericht hat seine Tätigkeit in jedem Falle auf die reine Kostenentscheidung zu beschränken. Würden dagegen beide Parteien trotz Vorliegens des Erledigungsgrundes weiter verhandeln, so müßte auf jeden Fall vom Gericht aus ein Urteil über die Hauptsache ergehen. Ob dieses Urteil für den Kläger günstig ausfällt oder nicht, wird lediglich von dem Verhalten des Beklagten abhängen. Je nachdem derselbe den Erledigungsgrund, der nunmehr vorgebracht, immer eine Einrede im Sinne der ZPO. darstellt, vorbringt oder nicht, wird der Kläger mit der erhobenen Klage als unbegründet abgewiesen oder nicht. Doch an dieser Stelle ist der wahrscheinliche Urteilsinhalt nicht von der Bedeutung wie gerade die Tatsache, daß immer ein Urteil bei Nichtvornahme der Erledigungserklärung zu ergehen hat, es sei denn, die Parteien verhandeln überhaupt nicht[11]. Denn dieser Umstand enthält den Schlüssel zu dem Wesen der übereinstimmenden

10) Vgl. RG. 75, 290.
11) In diesem Falle vgl. § 251 A ZPO.

Erledigungserklärung. Dieselbe kann lediglich ein Verzicht der Parteien auf das Urteil zur Hauptsache in gerade diesem Prozesse sein. Dagegen wäre es unrichtig, in der Erledigungserklärung schlechthin einen Verzicht auf das Recht auf Urteil zu sehen. Das Recht auf Urteil kann lediglich staatsrechtlichen Charakter haben[12]). Es ist ein subjektiv-öffentliches Recht jeder der Parteien. Auf solche Rechte können die Parteien jedoch nicht verzichten, sondern nur die Nichtausübung desselben durch die Parteien ist möglich. Ein Nichtausüben bringt dieses Recht jedoch nicht zum Erlöschen.

b) Liegen dagegen übereinstimmende Parteierklärungen nicht vor, sondern stellt der Beklagte im Gegensatz zu der Erledigungserklärung des Klägers den Klagabweisungsantrag, so hat sich der Inhalt der von dem Kläger vorgenommenen Erklärung geändert. War sie oben die Behauptung, daß der Klaganspruch wegen eines nach Klageerhebung eingetretenen Ereignisses gegenstandslos geworden sei, so erhält sie nunmehr daneben noch einen Antrag des Klägers an das Gericht, seinerseits auszusprechen, daß sich die Hauptsache erledigt habe. Diese Feststellung durch das Gericht ist jetzt nötig geworden, da der Beklagte durch den Klagabweisungsantrag die Erledigung der Hauptsache bestreitet. Im Gegensatz zu der beiderseitigen Erledigungserklärung verzichtet der Kläger nicht auf eine Entscheidung des Gerichts zur Hauptsache überhaupt. Eine solche strebt er vielmehr an. Allerdings eine urteilsmäßige Feststellung über den Klaganspruch, die zu der in dem Klaganspruch aufgestellten Rechtsfolgebehauptung in bejahendem oder verneinendem Sinne Stellung nimmt, will der Kläger auch jetzt nicht. Aber das, was er begehrt, nämlich Feststellung, daß sich die Hauptsache erledigt habe, bleibt immer eine Entscheidung zur Hauptsache. Die einseitige Erledigungserklärung ist nach diesem ein Feststellungsantrag des Klägers, das Gericht wolle feststellen, daß sich die Hauptsache tatsächlich erledigt habe. Die Zulässigkeit dieses Feststellungsantrags kann nicht wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses des Klägers geleugnet werden. Denn dieses besteht für ihn einmal in der angeforderten Feststellung und sodann in der Entscheidung über die Kostenfrage, die bei erfolgender Erledigungsfeststellung von anderen Gesichts-

12) Vgl. Rosenberg, § 89, II u. III.

punkten aus gelöst werden muß als in dem ordentlichen durch Urteil beendeten Verfahren[13]).

Der von Grosse unternommene Versuch, die Unzulässigkeit der einseitigen Erledigungserklärung darzutun, muß als fehlgeschlagen angesehen werden. Derselbe begründet seinen ablehnenden Standpunkt folgendermaßen. Die bis zu dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung eingetretenen bei Klageerhebung noch nicht vorhandenen Klagvoraussetzungen, würden bei der Bildung des Urteils berücksichtigt. Als argumentum e contrario ergäbe sich die Zurückweisung des Klägers, wenn anfangs vorhandene Klagvoraussetzungen nachträglich fortfielen. Dies müsse auch für die sogenannten Erledigungsfälle gelten. Der Beklagte erwerbe seinerseits dadurch, daß der Kläger durch den Erledigungsgrund das ihm zur Zeit der Klageerhebung zustehende Klagrecht im Laufe des Prozesses verliere, einen Rechtsschutzanspruch, der auf die im Wege der Klageabweisung erfolgende Feststellung der Unbegründetheit der klägerischen Rechtsbehauptung gerichtet ist. Das Gericht habe sogar, ohne daß es eines Antrages des Beklagten bedürfe, die Pflicht, die Klage abzuweisen, da das in dem § 308 aufgestellte Antragserfordernis für den Fall der Erledigung aufgegeben sei. Diese Ansicht fände ihre Stütze in dem § 331 Abs. 2. Nach dieser Vorschrift sei die Klage, soweit das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag nicht rechtfertige, auch ohne Antrag des nichterschienenen Beklagten abzuweisen. Es wäre widersinnig, für den erschienenen Beklagten eine andere Beurteilung Platz greifen zu lassen. — Grosse's Ansicht steht und fällt mit dem Rechtsschutzanspruch des Beklagten. Derselbe besteht tatsächlich nicht[14]). Selbst wenn man die Existenz des Rechtsschutzanspruchs für den Kläger bejahte, ist ein solcher für den Beklagten abzulehnen[15]). Denn derselbe würde für den Beklagten immer erst mit Herstellung des Prozeßrechtsverhältnisses entstehen, d. h. innerhalb des Prozesses, und

---

13) Vgl. unten S. 25 a ff.

14) Vgl. Rosenberg, § 89.

15) Er ist auch erst spät von einigen Anhängern der Rechtsschutzanspruchstheorie eingeführt worden, wird aber, und zwar mit Recht von mehreren Anhängern abgelehnt.

somit dem von den Anhängern des Rechtsschutzanspruchs aufgestellten Erfordernisse: Der Rechtsschutzanspruch existiere vor und außerprozessual nicht genügend. Auch der Hinweis auf § 331 Abs. 2 vermag die Ansicht Grosse's nicht zu stützen. Gewiß, gemäß der angezogenen Vorschrift wird die Klage ohne Antrag des Beklagten abgewiesen, aber hier erfolgt die Abweisung nicht infolge des Rechtsschutzanspruchs des Beklagten, sondern hier wird ihm kraft objektiven Rechts Rechtsschutz gewährt[16]). Gegen den Rechtsschutzanspruch des Beklagten gilt weiter folgende Überlegung: Kann der Kläger bei einer Feststellungsklage sein Feststellungsinteresse nicht dartun, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Obgleich durch die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung eine Erschütterung der Rechtslage des Beklagten eingetreten ist, an deren Klarlegung der letztere das größte Interesse hat, darf das Gericht nicht durch sachliche Abweisung der Klage dem Beklagten Rechtsschutz gewähren. Durch jene Abweisung als unzulässig wäre jedoch dem Rechtsschutzanspruch des Beklagten nicht genügt. Derselbe hat ein günstiges Sachurteil zum Inhalt und Ziel. Dieses bestände nur in einer sachlichen Abweisung der Klage, eine solche dürfte nicht erfolgen. Besteht aber der Rechtsschutzanspruch des Beklagten nicht, so fällt damit das die Einwilligung des Beklagten in die Erledigungserklärung allein stützende Moment.

Der in der Erledigungserklärung liegende Feststellungsantrag ist ferner gegenüber dem ursprünglichen Klagantrag keine Klagänderung. Der Kläger bedarf deswegen auch nicht gemäß dem im § 264 ZPO. zum Ausdruck gekommenen Grundsatz der Einwilligung des Beklagten. Dies erhellt aus folgenden Gründen: Klagänderung setzt begrifflich voraus, daß stets ein neuer Anspruch statt oder neben dem alten erhoben wird, d. h. der Anspruchsgrund oder der Klageantrag muß geändert worden sein. Als Kennzeichen dafür, ob Klagänderung vorliegt, dient am besten der Umfang der Rechtskraft[17]). Soweit dieselbe den neu eingeführten Grund

---

16) § 331, Abs. 2 spricht allenfalls für den von Rosenberg aufgestellten und Groh jüngst näher begründeten Justizanspruch (vgl. ZZP. 51, 145).

17) RG. 14, 347; RG. 22, 221.

derart mitergreift, daß er nicht in einem neuen Verfahren wieder vorgebracht werden kann, kann man auch nicht von einer Klagänderung sprechen. Klage ich z. B. auf Feststellung meines Eigentums an einer Sache, weil ich dasselbe gemäß § 929 BGB. erworben habe, stütze ich die Klage dann aber später auf gutgläubigen Erwerb, so liegt keine Klagänderung vor. Denn falls die Klage rechtskräftig abgewiesen würde, müßte der Kläger mit einer nur auf Grund gutgläubigen Erwerbs neu angestrengten Feststellungsklage abgewiesen werden. Dafür, daß man aus dem Umfang der Rechtskraft immer das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Klagänderung ersehen kann, spricht auch der in mehreren Bestimmungen der ZPO. zum Ausdruck gekommene Grundsatz: Wo der Kläger eine derartige Verfügung über den Klaganspruch vornimmt, daß er ihn jederzeit in einem neuen Verfahren wieder gegen den Beklagten erheben kann, bedarf er der Einwilligung des Beklagten; denn in diesem Falle schließt die Rechtskraft des ergehenden Erkenntnisses ein evtl. Wiedervorbringen nicht aus. Nimmt der Kläger z. B. nach Einlassung des Beklagten die Klage zurück, so bedarf er deswegen der Einwilligung seines Gegners, weil er den Anspruch in einem neuen Verfahren gegen ihn geltend machen kann. Dieses Prinzip macht auch bei der Klagänderung eine Einwilligung des Beklagten notwendig. Denn soweit eine wirkliche Klagänderung vorliegt, hat der Kläger die Möglichkeit, den bei jeder Klagänderung fallen gelassenen ursprünglichen Klaganspruch in einem eventuell späteren Verfahren von neuem geltend zu machen, ohne durch die rechtskräftige Entscheidung über den neu eingeführten Klaganspruch daran gehindert zu sein. Klage ich beispielsweise auf Leistung, weil der Beklagte mir persönlich verpflichtet ist, stelle ich dann aber meinen Klaganspruch auf Leistung an mich auf Grund eines durch Erbgang erfolgten Übergangs der Verpflichtung, die der Erblasser gegen mich hatte, um, so ist bei nunmehr erfolgender rechtskräftiger Klagabweisung der Kläger nicht gehindert, seinen Klaganspruch auf Grund des ersten Sachverhalts nochmals geltend zu machen. Deswegen bedurfte in diesem Falle der Kläger der Einwilligung des Beklagten. Dies ist m. E. auch der innerste Grund dafür, daß im Falle des Übergangs von der Leistungs- zur Feststellungsklage eine Einwilligung nach herrschender und richtiger Meinung nicht erforderlich

ist. Denn ist der Beklagte zur Leistung verurteilt worden, so ist ihm wegen der in der rechtskräftigen Entscheidung ruhenden Feststellung seiner Verpflichtung jede Möglichkeit genommen, die negative Feststellungsklage in einem neuen Prozeß mit Erfolg geltend zu machen. Besteht aber jener Satz zu Recht, daß eine Klagänderung nicht vorliegt, so weit das neue Vorbringen durch die Rechtskraft des Erkenntnisses abgeschnitten würde, — und er kann Allgemeingültigkeit beanspruchen — so folgt daraus für das in der einseitigen Erledigungserklärung liegende Feststellungsbegehren ohne weiteres das Nichterfordernis einer Einwilligung des Beklagten, da eine Klagänderung nicht vorliegt. Denn würde Kläger z. B. mit einer erhobenen Leistungsklage rechtskräftig abgewiesen, so ist für eine jetzt eventuell erhobene Feststellungsklage dahin, daß der Klaganspruch gegenstandslos geworden wäre, kein Raum mehr.

Tatsächlich bedeutet die einseitige Erledigungserklärung nur eine Beschränkung des ursprünglichen Klagantrags, da die mit der Erledigungserklärung geforderte Rechtsstellung immer als ein Minus in dem Klageantrag enthalten ist, mag derselbe auf Leistung, Feststellung oder Gestaltung gerichtet sein. Klage ich z. B. auf Zahlung von 100 Reichsmark, ermäßige ich aber im Laufe des Prozesses diesen Anspruch auf 50 Reichsmark, ja schließlich auf 1 Reichsmark, so kann er m. E. in dieser lediglich quantitativen Beeinflussung des Klaganspruchs keine Klagänderung i. S. des § 264 gesehen werden. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 268, nach dem es ausdrücklich „als eine Klagänderung nicht anzusehen ist, wenn der Klagantrag in der Hauptsache ohne Änderung des Klaggrundes beschränkt wird“ [18]). Es wird sich immer in solchen Fällen um einen teilweisen Verzicht oder eine teilweise Klagezurücknahme handeln [19]). Ermäßige ich meinen Anspruch zuletzt sogar auf 0 RM., so ist damit ebenfalls noch keine Klagänderung vorgenommen, sondern hier liegt entweder ein Verzicht des Klägers auf den ganzen Anspruch, eine Klagezurücknahme in vollem Umfang oder aber eben eine Erledigungserklärung vor. Denn mit dem in der Erledigungs-

18) So auch Rosenberg, § 992a; a. A. Kleinfeller, § 82, IV, Anm. 3; im übrigen ein müßiger Streit, da die Einwilligung des Beklagten für jeden Fall nicht erforderlich ist.

19) Vgl. RG. 66, 14.

erklärung zum Ausdruck gekommenen Antrag festzustellen, daß der Klaganspruch gegenstandslos geworden sei, beschränkt der Kläger immer seinen ursprünglichen Klaganspruch auf 0, dagegen nimmt er nie eine Klagänderung vor. Welche von diesen Rechtserscheinungen tatsächlich vorhanden ist, kann nur für jeden einzelnen Fall eine vernünftige Willensauslegung feststellen[20]). Sind die Parteierklärungen unklar, so hat der Richter gemäß § 139 ZPO. ihren wirklichen Willen zu erforschen. Je nach dem Verzicht oder Klagerücknahme[21]) vorliegt, findet der § 306, § 271 Anwendung, d. h. für den ersten Fall ergeht ein Verzichtsurteil, falls der Beklagte darauf anträgt[22]), im zweiten erfolgt nach Einlassung des Beklagten in die Hauptsache Kostenverurteilung des Klägers, falls der Beklagte in die Zurücknahme der Klage einwilligt[23]); im Falle der Erledigung dagegen wird die beantragte Feststellung unter einer noch zu behandelnden Kostenregelung[24]) getroffen. Der Beklagte bestreitet, mit dem Klagabweisungsantrag das Vorliegen des Erledigungsgrundes im Gegensatz zu der übereinstimmenden Erledigungserklärung, wo er durch die Nichtstellung des Klagabweisungsantrags den Erledigungsgrund zugibt[25]). Der Kläger wird damit gezwungen, die Voraussetzungen für seine Erledigungserklärung, den Erledigungsgrund zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Andernfalls läuft er Gefahr, gemäß § 271 Abs. 3 resp. § 306 ZPO. kostenfällig verurteilt zu werden.

Im Gegensatz zu der übereinstimmenden Erledigungserklärung ist jetzt die Benennung des Erledigungsgrundes

---

20) So auch RG. 100, 125, eine Entscheidung die allerdings m. E. mit Unrecht und ohne innere Begründung die Auslegungsmöglichkeit zu Gunsten Erl.-Erk. sehr beschränkt, indem sie in dem Erledigungsantrag „zumeist" einen Verzicht bzw. Klagerücknahme sehen will. Vgl. dagegen 314 ff., 18 RG. 57, 384 ff.

21) Dieselbe wird solange nicht vorliegen, als der Klagabweisungsantrag des Beklagten nicht fallen gelassen ist.

22) Andernfalls greift § 251 a Platz.

23) Daß die Klagerücknahme unter obigem Gesichtspunkt betrachtet, keine Klagänderung ist, macht selbstverständlich noch nicht die nach § 271, Abs. 2 erforderliche Einwilligung unnötig.

24) Vgl. unten S. 23.

25) Vgl. S. 10.

unbedingtes Erfordernis für die Annahme einer Erledigung überhaupt. Denn nur bei tatsächlichem Vorliegen eines Erledigungsgrundes ist das Gericht in der Lage festzustellen, daß sich die Hauptsache erledigt habe. Dies führt notwendigerweise zu einer näheren Untersuchung der oben bereits kurz gestreiften Voraussetzungen eines Erledigungsgrundes [26]). Da mit der Erledigungserklärung die Behauptung aufgestellt wird, daß der Klaganspruch sich erledigt habe, muß der Erledigungsgrund so beschaffen sein, daß durch sein Vorliegen, das auf urteilsmäßige Feststellung gerichtete Begehren des Klägers gegenstandslos geworden ist. Das Begehren des Klägers kann jedoch nur dann als gegenstandslos bezeichnet werden, wenn das streitige Recht bzw. Rechtsverhältnis, dessen rechtskräftige Feststellung Inhalt und Gegenstand des Klaganspruchs ist, unter den Parteien nicht mehr streitig ist. Die Beilegung der Rechtsstreitigkeit in dem anfangs dieser Arbeit betonten Sinne [27]) ist die Voraussetzung dafür, daß die Hauptsache für erledigt erklärt werden darf. Die Beendigung dieser Rechtsstreitigkeit kann nun ebenso wie ihre Entstehung durch die mannigfachsten Gründe herbeigeführt werden. Immer aber hängt sie letzten Endes von dem Parteiwillen ab. Selbst da, wo rein äußeren Ereignissen entscheidende Gestaltungskraft auf eine vorliegende Rechtsstreitigkeit vom Gesetzgeber gegeben ist, wie z. B. bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung § 275 BGB., kann die betreffende Partei weiter streiten. Daß sie in einem solchen Falle ohne rechtliche Grundlage und somit ohne Aussicht auf Erfolg den Streit führt, schafft die Tatsache einer vorhandenen Rechtstreitigkeit noch nicht aus der Welt. Dies bewirkt vielmehr der Parteiwille. Auf wessen Seite hierbei die objektive Norm steht, ist ohne Belang. A, der „mit Recht“ von dem sich sträubenden B eine Leistung verlangt, kann die Rechtsstreitigkeit jederzeit durch freiwillige Aufgabe dieses seines Rechtes beenden. Jede von diesen unendlichen Variationen der Beendigung einer materiellen Rechtsstreitigkeit birgt in sich die Möglichkeit, einen Erledigungsgrund für den Prozeß zu bilden. Jedoch um einen solchen wirklich darzustellen, muß ein wesentliches Erfordernis er-

---

26) Vgl. S. 7.
27) Vgl. S. 1.

füllt sein: Die Beendigung der Rechtsstreitigkeit muß nach Entstehung des Prozesses, d. h. nach Zustellung der Klage an den Beklagten eingetreten sein. Ein vor Klagzustellung liegender Beendigungsgrund einer Rechtsstreitigkeit ist niemals ein typischer Erledigungsgrund. Denn es ist unmöglich, von der „Erledigung des Rechtsstreits" als einer Beendigungsart eines Prozesses zu sprechen, sofern ein Prozeß noch gar nicht entstanden ist. Das Rechtsinstitut der Erledigung des Rechtsstreits ist nur innerhalb eines Prozesses denkbar. Bezahlt der Beklagte die eingeklagte Schuld vor Zustellung der Klage, so ist der Kläger nicht in der Lage, die Erledigungserklärung mit zwingender Wirkung für das Gericht abzugeben. Hier kann er die Klage nur zurücknehmen, will er sich nicht noch weitere als die bereits entstandenen Kosten aufbürden. Als Erledigungsgrund kann man hiernach jede Beendigung einer materiellen Rechtsstreitigkeit ansehen, sofern sie nach Zustellung der Klage an den Beklagten eingetreten ist.

II. Die prozessuale Behandlung der Erledigungserklärung.

Trotz der Wesensverschiedenheit, die zwischen der einseitigen und beiderseitigen Erledigungserklärung besteht, bergen beide einen gemeinsamen Kern, wenn man sie vom Standpunkt ihres Zweckes aus betrachtet. Ihr Endzweck ist einheitlich. Denn beide sind auf die Prozeßbeendigung gerichtet. Die Erledigungserklärungen fallen somit als auf die Beendigung des Prozesses gerichtete Betätigung der Parteien unter die Prozeßhandlungen. Als Sachantrag muß die Erklärung dem Gegner und dem Gericht gegenüber vorgenommen werden und zwar dem Gericht gegenüber in der mündlichen Verhandlung. Regelmäßig wird die Erledigungserklärung ausdrücklich zu erfolgen haben. Aber ausdrückliche Erklärung ist kein notwendiges Erfordernis und wird auch hier nicht von der ZPO. vorgeschrieben. Die Erledigungserklärung ist der Auslegung zugänglich und bedürftig. So kann recht wohl, wenn die Parteien lediglich den Antrag auf Kostenentscheidung stellen, eine wirksame Erledigungserklärung vorliegen, falls andere Umstände auf ihr Vorhandensein hinweisen. Auszugehen hat die Erledigungserklärung grundsätzlich vom Klä-

ger. Allerdings beeinträchtigt es bei der übereinstimmenden Erledigungserklärung ihre Gültigkeit nicht, wenn der Beklagte sie abgibt und der Kläger zustimmt. Dies ist jedoch für die einseitige Erledigungserklärung ausgeschlossen. Dieselbe kann nur vom Kläger erfolgen. Eine Erledigungserklärung durch den Beklagten bei aufrecht gehaltenem Klagantrag des Klägers ist nicht möglich, da durch die Erledigungserklärung über den Klageanspruch des Klägers verfügt wird, der Beklagte zu einer derartigen Verfügung jedoch nicht berechtigt ist[28]). Eine Erledigungserklärung von Amts wegen derart, daß das Gericht ohne Antrag der Parteien bei Vorliegen einer Erledigungserklärung die Hauptsache für erledigt erklären könnte, ist selbstverständlich ausgeschlossen. Eine solche würde gegen den von der ZPO. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz der Verhandlungsmaxime verstoßen.

Die Wesensverschiedenheit der beiden Erklärungsarten findet dagegen ihren stärksten Niederschlag in den auf sie ergehenden gerichtlichen Entscheidungen. Liegt eine übereinstimmende Erledigungserklärung vor, so war die Tätigkeit des Gerichts durch das Fallenlassen jeglichen Hauptantrags seitens der Parteien lediglich auf die Kostenentscheidung beschränkt. Nach welchen Gesichtspunkten diese zu erfolgen hat, wird unten ausgeführt werden. Hier mag nur festgestellt werden, daß die angeforderte Entscheidung über die Kosten durch das Fallenlassen der Hauptanträge keineswegs an ihrer Stelle zur sogenannten Hauptsache geworden ist. Das Kostenurteil ist vielmehr die von der ursprünglichen Entscheidung über die Hauptsache abhängige Nebenentscheidung des Gerichts geblieben[29]). Dies erhellt aus folgenden Gründen: Wären die Kosten nach der Erledigungserklärung zur Hauptsache geworden, so müßte der Kostenverurteilungsantrag des Klägers den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 genügen; dies ist jedoch nicht der Fall. Der Kläger ist nicht in der Lage, einen „bestimmten" Antrag hinsichtlich eines „bestimmten" Gegenstandes zu stellen. Hierfür wäre ein bezifferter Antrag notwendig. Wer aber könnte diesen stellen und in

---

28) Dies übersieht Grünhut, der ohne innere Begründung eine einseitige Erledigungserklärung des Beklagten annimmt (vgl. Grünhut, Erledigung der Hauptsache, S. 27).

29) a. A. RG. 118, 150; Gürten, S. 22.

welcher Höhe müßte er geltend gemacht werden? Weiter spricht auch die Bestimmung des § 99 Abs. 3 ZPO. gegen die Annahme, daß die Kosten zur Hauptsache geworden sind. Durch diese Vorschrift wird für den Fall, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, die Kostenentscheidung mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Wäre aber die Kostenentscheidung zur Hauptsache geworden, dann wäre gegen ein solches Urteil gemäß § 511 die Berufung gegeben. § 99 Abs. 3 stände somit im Widerspruch mit dieser Vorschrift. Gerade dadurch, daß für die bloße Kostenentscheidung ein anderes und zwar qualitativ geringeres Rechtsmittelverfahren aufgestellt ist, dokumentiert das Gesetz, daß die reine Kostenentscheidung beim Fallenlassen der Hauptanträge niemals als eine Entscheidung über die Kosten als Hauptsache, sondern als Nebenentscheidung angesehen werden soll. Während sonstige Nebenforderungen wie z. B. Zinsen dann zur Hauptsache werden, wenn der Hauptanspruch, neben dem sie geltend gemacht sind, irgendwie wegfällt[30]), gilt dies nicht für die Kosten des gegenwärtigen Prozesses, da diese nicht zu dem „durch Klage oder Widerklage" erhobenen Anspruch gehören.

Wenn auch die Gerichte durch die beschränkten Parteianträge gemäß § 308 ZPO. gezwungen sind, ein reines Kostenurteil zu erlassen, so lautet der Tenor eines solchen Erledigungsurteils doch oft: Die Hauptsache wird für erledigt erklärt, die Kosten fallen dem Kläger (Beklagten) zur Last. Hierdurch ist ein urteilsfremdes Element in den Tenor gekommen. Denn die Erklärung, die Hauptsache wird für erledigt erklärt, ist keine Feststellung des Gerichts zur Hauptsache mehr, sondern trägt nur deklaratorischen Charakter[31]). Insoweit ist sie auch in keiner Weise fähig, an der wichtigsten Folge eines Urteils, der formellen wie materiellen Rechtskraft, teilzunehmen. Soweit man sich dieser Tatsache bewußt bleibt, mag die Inkorrektheit dieses geübten Gerichtsgebrauchs noch hingehen; jedoch ist wegen der Möglichkeit einer Unklarheit die reine Kostenentscheidung vorzuziehen. Aus ihr wird auch jeder entnehmen können, daß die Hauptsache er-

---

30) HRR. 1428, 180; vgl. L. Rosenberg, ZZP. 53, 387, JW. 1928, 1870, 2. a. A. Gürten, S. 22.

31) Vgl. RG. 58, 415.

ledigt ist. Will er den Grund der Erledigung wissen, so wird ihn ein kurzer Einblick in die Gründe darüber belehren.

Stellt dagegen der Kläger den Erledigungsantrag, beharrt aber der Beklagte auf seinem Klageabweisungsantrag, so stellt letzterer zugleich die Behauptung auf, daß der prozessuale Anspruch des Klägers nicht bestehe und deswegen die Klage abgewiesen werden müsse; den Grund der Abweisung bilde jene Erledigungstatsache; zugleich bestreitet der Beklagte die vom Kläger durch den Erledigungsantrag aufgestellte Behauptung, daß der Klageanspruch bis zum erledigenden Ereignis bestanden habe und jetzt nicht mehr bestehe. Der Inhalt des Klagabweisungsantrags erschöpft sich nicht etwa darin, die vom Kläger begehrte Feststellung, daß die Hauptsache sich erledigt habe, zurückzuweisen, sondern will darüber hinaus den ursprünglichen Klaganspruch als nicht bestehend und zwar als von Anfang an unbegründet gewordenen behandelt wissen. Sind die Voraussetzungen für eine Erledigung gegeben, so hat die Entscheidung des Gerichts zu lauten: Die Hauptsache wird für erledigt erklärt. Die Kosten fallen dem Kläger (Beklagten) zur Last. Diese vom Gericht gefällte Entscheidung ist immer eine Entscheidung zur Hauptsache, der erste Teil des Tenors ein notwendiger Bestandteil desselben. Der Prozeß ist durch das Urteil beendigt worden, nicht etwa wie bei der Übereinstimmung der Parteien durch die in der Erledigungserklärung steckende Aufgabe der Anträge zur Hauptsache.

Auch im Versäumnisverfahren kann der Kläger den Erledigungsantrag stellen. Es ist hier die Benennung des Erledigungsgrundes aber unbedingtes Erfordernis und zwar aus folgenden Gründen: Aus § 331 Abs. 2 folgt, daß man sich im Versäumnisverfahren ständig den Klageabweisungsantrag des Beklagten als gestellt zu denken hat; er wird für den Fall des Nichterscheinens bzw. Nichtverhandelns des Beklagten vom Gesetz als fingiert hingestellt. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß für eine übereinstimmende Erledigungserklärung, bei der allein die Nichtbenennung des Erledigungsgrundes möglich und zulässig ist, im Versäumnisverfahren kein Raum ist. Gibt der Kläger bei Versäumnis des Beklagten jene Erklärung ab, so handelt es sich immer nur um eine einseitige Erledigungserklärung, bei der die Benennung des Erledigungsgrundes zu erfolgen hat. Andernfalls ist in der

Erledigungserklärung eine Klagezurücknahme zu sehen, die im Versäumnisverfahren nur so lange vom Kläger aus erfolgen kann, als nicht der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat. Hat der Beklagte bereits zur Hauptsache verhandelt, so bedarf die Klagezurücknahme der Einwilligung des Beklagten. Behauptet der Kläger jedoch nur den Erledigungsgrund und stellt er den Erledigungsantrag, ohne die Einwilligung des Beklagten zu behaupten, so greift die Vorschrift des § 331 Abs. 2 in vollem Umfange Platz. Denn jetzt wird von dem Kläger ein Antrag zur Hauptsache gestellt. Die von ihm zum Zwecke der Feststellung des Erledigungsgrundes vorgetragenen Tatsachen sind als zugestanden anzunehmen, sofern der Erledigungsantrag dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war. § 335 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO. Stellen diese Tatsachen einen Erledigungsgrund dar, so ergeht das Versäumnisurteil dem Antrage gemäß. Sein Tenor ist inhaltlich mit dem des auf einseitige Erledigungserklärung ergehenden Urteils gleich. Sofern ein Erledigungsgrund nach Ansicht des Gerichts nicht vorliegt, erfolgt gemäß § 331 Abs. 2 Klageabweisung.

III. Die Wirkungen der Erledigung.

a) Die Erledigungserklärung stellt die Gerichte vor eine schwierige Aufgabe: Wie ist über die Kostenfrage zu entscheiden, wenn sich die Hauptsache erledigt hat. Während das Gesetz bei den übrigen Prozeßbeendigungsgründen die Kostenfrage geregelt hat, indem es im gewöhnlichen Urteil dem unterliegenden Teil nach dem Verhältnis seines Unterliegens für kostenpflichtig, bei Vergleich die Kosten als gegenseitig aufgehoben erklärt, fehlt eine solche Regelung für den Fall der sogenannten Erledigung des Rechtsstreits vollkommen. Die obersten Gerichte haben zu dieser Frage sehr oft Stellung nehmen müssen; aber einen einheitlichen Standpunkt läßt ihre Rechtsprechung nicht erkennen. Ebenso herrscht in der Wissenschaft lebhafter Streit über dieses Problem. Hauptsächlich haben sich hier drei Theorien entwickelt.

1. Die eine[32]) verlangt Anwendung des § 271 ZPO., da

32) Ederheimer, ZZP. Bd. 31, 61.

in der Erledigungserklärung eine Klagerücknahme liege; die Kosten trage darum der Kläger [33]).

2. Eine andere Theorie [34]) verlangt analoge Anwendung des § 91 ZPO. auch auf die Kostenregelung bei der Erledigung. Die Kosten des Rechtsstreits trägt Kläger als unterliegender Teil, wenn er mit seiner Klage nicht durchgedrungen ist. Durchgedrungen ist der Kläger dieser Ansicht nach dann, wenn der Beklagte den Klaganspruch im Laufe des Prozesses erfüllt oder wenn der Erfolg, den der Kläger durch den Rechtsstreit erzielen will, im Laufe des Verfahrens durch eine Veränderung der Umstände eintritt, vorausgesetzt, daß sein Anspruch in dem Zeitpunkt des Eintritts des Erfolgs begründet und die erhobene Klage prozessual zulässig war. Nicht durchgedrungen und somit der Unterliegende dagegen ist der Kläger, wenn das erledigende Ereignis den Streit gegenstandslos macht, ohne daß er durch dasselbe befriedigt oder klaglos gestellt ist.

3. Die dritte Theorie stützt sich auf eine analoge Anwendung des § 93 ZPO. [35]). Nach dieser Vorschrift fallen dem Kläger die Prozeßkosten dann zur Last, wenn der Beklagte zur Klage keine Veranlassung gegeben und den klägerischen Anspruch sofort anerkannt hat. In Umkehrung dieses Satzes soll der Kläger dann von diesen Kosten frei werden, wenn er nach dem die Erledigung des Rechtsstreits herbeiführenden Ereignis sofort diese Erledigung anerkennt, vorausgesetzt, daß die Erledigung nicht auf ein Verhalten des Klägers zurückzuführen ist oder die Klage vor dem erledigenden Ereignis unbegründet oder prozessual unzulässig war bzw. geworden ist.

Das Reichsgericht schwankt in seiner Rechtssprechung. In mehreren Entscheidungen will es im Falle der Erledigung dem Kläger gemäß § 271 Abs. 3 die Kosten auferlegen, da es in der Erledigung eine Klagerücknahme sieht [36]).

---

33) a. A. u. dagegen: RG. 57, 385. JW. 20, 557, Salinger 82 ff. Schlichter 506 ff. JW. 21, 241; JW. 26, 782; RG. 15, 426; 54, 37; 65, 36.

34) Förster-Kann zu § 91. — Vgl. auch Gmelin, Recht 1911, 1289. Mannherz, Gruch. 49, 66.

35) Stein-Jonas zu § 91; Rosenberg, § 78, 4.

36) RG. 15, 426.

In anderen[37]) Entscheidungen stellt es sich auf den von Förster-Kann vertretenen Standpunkt, in der Hauptsache aber und gerade in neueren Entscheidungen[38]) billigt es die dritte Theorie.

Der Fehler der ersten Theorie beruht auf der irrigen Identifizierung von Klagerücknahme und dem Rechtsinstitut der Erledigung und richtet sich dadurch selbst. Hier sei nur daran erinnert, daß der Kläger bei der Erledigung eine neue Entscheidung über den auf die Feststellung resp. Kosten beschränkten Anspruch herbeiführen, d. h. weiter verhandeln und nicht seine Klage zurücknehmen will. Der Standpunkt von Ederheimer würde auch zu überaus unerträglichen Ergebnissen führen. Vernichtet z. B. der Beklagte die im Streit befangene Sache schuldhaft während des für den Kläger günstig stehenden Prozesses, muß Kläger aber auf Grund dieser Tatsache den Rechtsstreit für erledigt erklären, so treffen ihn gemäß § 271 III die Kosten.

Die von Förster-Kann vertretene Ansicht übersieht, daß die für § 91 zu fordernden Voraussetzungen bei der Erledigung nicht vorliegen. Dort bestimmt tatsächliches Unterliegen den Kostenträger. Wer aber sollte bei der Erledigung unterliegen? Weder Kläger noch Beklagter „unterliegt" in dem so jäh abgebrochenen Rechtsstreit, sondern ohne die endgültige Feststellung über den Sieger bzw. Besiegten zu treffen, wird die Kostenentscheidung gefällt[39]).

Die von der herrschenden Meinung meist angewandte Analogie aus § 93 ZPO. kann ebenfalls nicht gebilligt werden. Der Tatbestand des § 93 fordert einmal, daß der Beklagte zu der Klage in keiner Weise Veranlassung gegeben hat, und zweitens den Klaganspruch sofort anerkennt. Wenn auch für das letztere Tatbestandsmerkmal eine Analogie für den Kläger im Falle der Erledigung deswegen gegeben zu sein scheint, weil er hier sofort die Unbegründetheit seines Klaganspruchs anerkennen kann, so ist es aber geradezu ausgeschlossen, einen der ersten Voraussetzung ähnlichen Tatbestand für die Klägerseite zu konstruieren. Im Falle des § 93 hat der Beklagte sich niemals in Gegensatz zu der wirk-

37) RG. in JW. 1900, 507 u. 728.
38) RG. 58, 416; 57, 385.
39) Vgl. Lazarus bei Gruch. 52, 607.

lichen äußeren materiellen Rechtslage gesetzt, deswegen wird der Kläger als der grundlose Verursacher des völlig unnötigen Verfahrens mit dessen Kosten belastet. Dagegen ist im Falle der Erledigung der Kläger ständig Verursacher des Rechtsstreits gewesen. Tatsächlich scheitert hieran jeder Versuch einer analogen Tatbestandsbildung für die Erledigung. Im übrigen vermag auch die bloße Analogie die Erscheinung eines fehlenden Sachurteils bei übereinstimmender Erledigungserklärung nicht nur nicht zu erklären, sondern setzt sich auch dem Vorwurf der Inkonsequenz aus. Der Fall des § 93 zieht ständig ein Urteil nach sich, eine Folge, die aber gerade für die Erledigung nicht zutreffen soll. Wenn die Vertreter der Stein-Jonas'schen Ansicht am Erledigungsurteil festhalten, so ziehen sie aus der Analogie nur die für die Erklärung ihrer Ansicht sprechenden Schlüsse, übersehen dabei aber geflissentlich jene notwendigen Folgerungen, die den Widerspruch ihrer Ansicht aufdecken. Ferner ist aus allgemeinen Grundsätzen die Analogiebildung aus einem derart singulären Falle, wie ihn § 93 darstellt, abzulehnen.

In Wirklichkeit läßt sich der Kostengrundsatz im Falle der Erledigung als eines eigenartigen Falls der Beendigung des Rechtsstreits nicht aus der Analogie erklären, sondern muß aus logischen Gerichtspunkten unter Berücksichtigung prozeßrechtlicher Kostengrundsätze unserer ZPO. hergeleitet werden. Hier mag eins vorausgeschickt werden: der besonders von Ederheimer dargelegte Standpunkt, es gehe nicht an, sich bei dieser Streitfrage von Billigkeitsgründen leiten zu lassen, wird in dieser seiner Schroffheit zurückgewiesen. Gerade bei der Aufsuchung eines Allgemeinprinzips für die vom Gesetzgeber nicht geregelte Folge eines Rechtsinstituts ist es bei mehrfacher Auslegungsmöglichkeit Aufgabe des Untersuchenden, die für die Mehrzahl der möglichen Fälle befriedigendste Lösung zu suchen. Daß das Gesetz dabei ständig das Primäre bleibt, ist selbstverständlich. Gefühlsjurisprudenz ist ebenso unmöglich wie der starre Formalismus.

Es ist hier vor allem der die Kostenregelung betreffende Grundgedanke der ZPO. herauszustellen. Dieser ist im § 91 zum Ausdruck gekommen[40]). Der Unterliegende trägt die

---

40) Vgl. Gürten, S. 39; Hahn, Materialien zur ZPO. § 85; RG. 57, 64.

Prozeßkosten. Der im Prozeß Unterliegende ist aber immer derjenige, der durch die vom Gericht erlassene Entscheidung hierzu gestempelt wird. Wird der Beklagte gemäß dem Klagantrag verurteilt, so ist er im Prozeß unterlegen und trägt die Kosten. Dringt der Kläger mit seiner Klage nur teilweise durch, so ordnet der § 92 in logischer Weiterführung des obigen Grundsatzes an, daß die Kosten gegeneinander aufzuheben resp. nach dem Verhältnis des jeweiligen Obsiegens der Parteien unter ihnen zu verteilen sind.

Dieser Grundsatz ist jedoch bereits aus folgendem Prinzip entstanden, daß diejenige Partei, die durch ihr grundloses Streiten ihrem Gegner Kosten verursacht hat, diese Kosten zu tragen hat. Als Maßstab für die Grundlosigkeit des Bestreitens dient die durch das Gericht festzustellende objektive Rechtslage. Wird Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen, so liegt hierin zugleich die Feststellung, daß von ihm ohne eine im materiellen Recht fußende Berechtigung gestritten ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob er an seine Berechtigung glaubte oder nicht, sein schließliches Unterliegen rechtfertigt die Kostenverurteilung. Grundlos streitet der Kläger auch dann, wenn außergerichtlich gar kein Streiten der Parteien vorliegt, und er trotzdem Klage erhebt, der Beklagte seinerseits im ersten Termin sofort den Klageanspruch anerkennt. Auch in diesem Falle fallen dem Kläger die Kosten zur Last.

Das eigentliche Prinzip in der Kostenfrage lautet demnach, die Kosten eines Rechtsstreits fallen dem zur Last, der grundlos d. h. ohne die durch die Endentscheidung festzustellende bessere materiell-rechtliche Grundlage gestritten hat.

Dieser Grundsatz kommt auch in dem § 96 zum Ausdruck. Danach können die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt. Der K a n n - Charakter dieser Norm steht dieser Auffassung nicht etwa entgegen. Hier scheint gerade der eigentliche Kostengrundsatz durch, der sonst von dem aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten hergeleiteten Prinzip, daß der endgültig Unterlegene die Kosten zu tragen habe, so sehr verdeckt wird. Eine Partei kann im Falle des § 96 deswegen von den Kosten verschont

bleiben, weil sich das Streiten des Gegners als objektiv ohne materiell-rechtliche Grundlage ergeben hat. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die Partei die Erfolglosigkeit voraussehen konnte, da diese Ansicht letzten Endes den dem Gesetz in der Kostenregelungsfrage fremden Gedanken des Verschuldens verwerten würde[41]). Die Geltendmachung eines subjektiv öffentlichen Rechts wie des Klagerechts, kann niemals eine subjektiv rechtswidrige Handlung darstellen. Lediglich der Verursacher des Streits, d. h. der sich nach der späteren Feststellung grundlos der wirklichen Rechtslage entgegengestellt hat, hat die Kostenpflicht. Der Verschuldensgedanke ist nur in Ausnahmefällen wie in §§ 95, 97 Abs. 2, 278 Abs. 2, 283 Abs. 2, 344, 380, 381 und einigen anderen zum Ausdruck gebracht und muß, da singuläre Rechtssätze nicht analog anzuwenden sind, für die Auffindung des Kostenprinzips bei der Erledigung der Hauptsache außer Betracht bleiben.

Während der grundlos Streitende im Endurteil festgestellt wird, haben wir bei der Erledigung kein ähnliches äußeres Erkennungszeichen. Hier spricht der Tenor allenfalls die Tatsache der Erledigung aus. Mag der Tenor Sachentscheidung sein, mag er lediglich deklaratorischen Charakter haben, eine äußere Verbindung zu der Kostenverurteilung kann er nicht herstellen. Aus ihm vermag man nicht auf die Begründetheit der Auferlegung der Kosten zu schließen, da er nicht wie das Urteil eine rückwirkende Feststellung über die Grundlosigkeit des Streitenden trifft. Um diese festzustellen, hat der Richter den ganzen Tatsachenstoff darauf zu prüfen, ob der Kläger oder Beklagte als der schließliche Sieger aus dem Rechtsstreit hervorgehen würde, wenn er die Hauptsache nicht für erledigt erklären, sondern ein gewöhnliches Urteil fällen würde, bei dessen Findung das erledigende Ereignis unberücksichtigt bleibt. Demjenigen, der nach dieser Prüfung objektiv grundlos gestritten hat, werden die Kosten auferlegt. Voraussetzung für eine Kostenverurteilung des Beklagten ist dabei immer, daß die Klage nicht etwa bei Erhebung der Klage unbegründet oder prozessual unzulässig war oder im Laufe des Prozesses geworden ist. In diesem Falle trägt der Kläger immer die Kosten, da seine Klage von vornherein abgewiesen würde, es sei denn, daß die

41) a. A. Stein-Jonas zu § 96.

bei Klageerhebung unbegründete Klage noch bis zum erledigenden Ereignis begründet wird[42]).

Schwierigkeiten bereitet der Zeitpunkt, zu dem die Zusammentragung des Tatsachenstoffs als abgeschlossen zu gelten hat. Ist das erledigende Ereignis noch als vorgebracht anzusehen und in seiner Wirksamkeit auf das materielle Rechtsverhältnis noch zu berücksichtigen, oder sind nur alle diejenigen Tatsachen für die Kostenauferlegung maßgebend, die bis zum erledigenden Ereignis vorgebracht sind? M. E. ist das erledigende Ereignis selber für die Beurteilung der Kostenfrage nicht mit heran zu ziehen. Eine analoge Anwendung des im § 300 für das Sachurteil ausgesprochenen Prinzips ist für die Erledigung nicht möglich. Für das Sachurteil sind sämtliche bis zur Entscheidung mündlich vorgebrachten Tatsachen zu berücksichtigen, da sie alle von den Parteien in der Zweckrichtung des Urteils abgegeben sind. Hier ist es der Wille der Parteien, der sie zur Urteilsgrundlage zu machen wünscht; ob sie eine solche bilden können, entscheidet der Richter. Bei der Erledigung dagegen wird der Erledigungsgrund vorgetragen nicht zum Zwecke einer Urteilsgrundlage, sondern mit dem entgegengesetzten Ziel: ein Urteil zu vermeiden[43]). Daß bei so wesensverschiedenen Tatbeständen eine Analogie ausgeschlossen ist, liegt auf der Hand. Hier ist der vom Reichsgericht im 58. Bande S. 416 aufgestellte Satz richtunggebend: „Grundsätzlich ist für die Frage von Recht und Unrecht die Sachlage vor dem Zeitpunkt maßgebend, an welchem das nach Ansicht der Parteien eine Entscheidung in der Hauptsache untunlich oder unnötig machende, der Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses angehörende Ereignis eingetreten ist.“ Eine andere Ansicht führte auch zu recht unbilligen Ergebnissen, indem durch die Miteinbeziehung der Erledigungstatsache in die die Grundlage des hypothetischen Urteils bildenden Faktoren meistens für den Beklagten eine rechtsvernichtende Einwendung erzeugt würde. Dies ist auch die herrschende Meinung und trotzdem wendet sie in einem Falle die von

---

42) Diese Möglichkeit übersieht RG. 54, 39.

43) d. h. ein Urteil, das im bejahenden oder verneinenden Sinn zu der anfänglichen Rechtsfolgebehauptung des Klägers Stellung nimmt.

Förster-Kann vertretene Ansicht an. Wenn der Beklagte den Kläger während des Prozesses befriedigt hat, so legt sie ihm deswegen die Kosten auf, weil in dem Erfüllungsakt das stillschweigende Anerkenntnis des der Klage zugrunde liegenden Anspruchs gesehen wird; oder dem Kläger, wenn er die eingeklagte Schuld dem Beklagten erläßt. Zur Kostenauferlegung also kommt es hier auf Grund eines hypothetischen Urteils, zu dessen Bildung das erledigende Ereignis mit verwendet wird. Dies ist irrig. Als der objektiv zu Unrecht streitende Teil erscheint der Beklagte nicht schon dann, wenn er während des Prozesses dem Kläger gemäß dem Klagebegehren befriedigt, sondern nur dann hat er die Kosten zu tragen, wenn festgestellt ist, daß er unterlegen wäre, wenn der Rechtsstreit zur Zeit des Eintritts der Befriedigung durch ein Urteil sein Ende gefunden hätte [44]). In den meisten Fällen wird sich hier allerdings aus dem Moment der Befriedigung als einem besonders starken Argument für das Unterliegen des erfüllenden Beklagten eine derartige Prüfung des Prozeßstoffes erübrigen, zumal da, wo die Erfüllung in Anerkennung des Klaganspruchs geschieht. Aber immerhin sind Fälle denkbar, wo der sofortige Schluß aus der Befriedigung des Beklagten auf sein Unterliegen einen Irrtum bedeutet, z. B. dann, wenn der Beklagte nur zwecks Vermeidung eines langwierigen Prozesses unter ausdrücklicher Aberkennung des Klaganspruchs die Befriedigung herbeiführt. Befriedigt der Beklagte den Käger im Laufe des Prozesses, so wird dies in den meisten Fällen deswegen geschehen, weil ihm ein Weiterführen des Prozesses als aussichtslos erscheint, d. h. auf Grund einer subjektiven Meinung, daß die objektive Rechtslage ihm eine Befriedigungspflicht auferlege. Er erfüllt hier immer noch freiwillig. Zum wenigsten steht diese Befriedigung im Gegensatz zu einer solchen nach Erlaß eines Urteils, hinter dem der staatliche Zwang befriedigungsfordernd steht. Die tatsächliche Befriedigung des Klägers durch den Beklagten während des Prozesses vermag niemals volle Gewißheit darüber zu geben, ob sie der objektiven Rechtslage entsprach und der Beklagte somit grundlos gestritten hat. Diese Feststellungen bleiben allein dem Urteil vorbehalten.

---

44) Siehe auch RG. 58, 417; a. A. Stein-Jonas, § 91; a. A. Förster-Kann, § 91; RG. 53, 326.

Zu der Bildung des hypothetischen Urteils ist demnach die Befriedigung selber nicht heranzuziehen.

In der Befriedigung des Klägers ist weiter dann kein Erledigungsgrund und kein Argument für das hypothetische Unterliegen zu sehen, wenn die Leistung nicht endgültig in Ansehung des Klageanspruchs, sondern nur unter Vorbehalt resp. zum Zwecke der Vermeidung der Zwangsvollstreckung erfolgt. Der Kläger kann in diesem Falle seine Klage aufrecht erhalten. Er muß sie allerdings dann in eine Feststellungsklage über Begründetheit seines geltend gemachten Anspruchs abändern.

Was für die Befriedigung gilt, gilt auch für die Erfüllungssurrogate, wie Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme und Aufrechnung.

Ist während des Rechtsstreits mit einer Forderung gegen die Klagforderung aufgerechnet, so wirkt diese Aufrechnung gemäß § 389 BGB. auf den Zeitpunkt zurück, in dem sich die Forderungen zuerst zur Aufrechnung geeignet gegenüber standen. Ist die Gegenforderung des Beklagten erst während des Prozesses entstanden, so ist der mit der erklärten Aufrechnung gegebene Erledigungsgrund in diesem Zeitpunkt eingetreten. Es ist — vorausgesetzt, daß der Beklagte keine anderen Einredetatsachen anzuführen hat — klar, daß der Beklagte bis dahin objektiv grundlos gestritten hat und ihm deswegen die Kosten aufzuerlegen sind[45]). Hat der Beklagte die Forderung bereits zur Zeit oder vor der Klageerhebung erworben, so ist nach erfolgter Aufrechnungserklärung für den Kläger festzustellen, daß er bereits von Erhebung der Klage an zu Unrecht gestritten hat und sind ihm die Kosten aufzuerlegen[46]). Es kann hier nicht darauf abgestellt werden, daß der Beklagte seine Aufrechnungseinrede sofort hätte vorbringen müssen. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist an eine bestimmte Frist nur insoweit gebunden, als die Aufrechnungseinrede gemäß § 279 nicht der Prozeßverschleppung dienen soll. Im übrigen ist der Beklagte in der Wahl seiner Verteidigungsmittel wie auch des Zeitpunktes des Vorbringens unbeschränkt.

Im Falle evtl. erklärter Aufrechnung und darauf erfolg-

---

45) a. A. Lazarus 616; Eccius bei Gruch. 42, 250.
46) Vgl. auch RG. 58, 417.

ter Erledigung ist davon auszugehen, daß es sich in diesem Falle meist um eine unstreitige Gegenforderung handeln wird. Denn in dem Erledigungsantrag des Klägers liegt bei der evtl. Aufrechnung ein sehr starkes Argument für die Liquidität der gegnerischen Forderung. Im Falle der Sachentscheidung würde der Kläger immer abgewiesen werden, da entweder der Klaganspruch von vornherein unbegründet, anderenfalls aber durch die erklärte Aufrechnung hinfällig geworden ist. Beide Parteien hätten hier das Recht, die Prüfung des Klaganspruchs zu verlangen, da sie ein Interesse insofern an dieser Feststellung haben, als sie wissen müssen, ob die Gegenforderung des Beklagten noch besteht oder nicht[47]). Bei der Erledigung ist hiernach festzustellen, ob die Klage als in sich unbegründet oder prozessual unzulässig zur Abweisung reif ist — in diesem Falle sind dem Kläger die Kosten aufzuerlegen — oder ob die Abweisung auf Grund der Aufrechnung erfolgt wäre; hier ist die Behandlung der Kostenfrage die gleiche als wenn die Aufrechnung ohne irgendwelche Bedingungen erklärt wäre.

Tritt der mit der Klage bezweckte Erfolg einer Befriedigung des Klägers durch den Prozeßgegner jedoch nicht ein, erlangt vielmehr der Kläger in seinem Verlaufe Befriedigung durch Dritte, oder führen äußere Ereignisse die Befriedigung herbei, so wird der Kostenträger ebenfalls durch das hypothetische Urteil bestimmt[48]). Es geht nicht an, den Kläger lediglich deswegen mit der Kostenlast zu verschonen, weil der von ihm gewünschte Erfolg eingetreten ist. Sieger in dem Rechtsstreit ist nur der, der auf Grund des in diesem vorgetragenen Tatsachenstoffs als der materiell Berechtigte hervorgeht. Erfüllung außerhalb des hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisses durch Dritte oder andere Ereignisse macht das bisherige Bestreiten des Beklagten noch nicht zu einem grundlosen. Daß z. B. bei einer Klage des Grundstückseigentümers aus § 908 BGB. die von dem Nachbargrundstück drohende Gefahr durch Selbsteinsturz bzw. auf Anordnung der Baupolizeibehörde beseitigt ist, dieser Um-

---

47) So herrschende und richtige Meinung. Eine nähere Eingehung erscheint zu weitführend.

48) a. A. Förster-Kann, § 91; OLG. Breslau in JW. 1930; 1086.

stand stempelt den Beklagten noch nicht ohne weiteres zu dem grundlosen Verursacher gerade dieses Rechtsstreits; denn die sämtlichen klagbegründenden Tatsachen können durchaus so beschaffen gewesen sein, daß eine Klagabweisung mangels Schlüssigkeit bzw. wegen durchschlagender Gegenrechte des Beklagten erfolgt wäre. Das tatsächliche Eintreten des durch die Klage erstrebten Erfolges kann keinerlei Aufschluß über die jeweilige Begründetheit der Klage und damit über die Kostenpflicht geben.

Eine andere Beurteilung kann auch dann nicht Platz greifen, wenn der mit der Klage bezweckte Erfolg durch den Beklagten herbeigeführt wurde, ohne daß der Beklagte hiermit den Klaganspruch anerkennen wollte. Ist z. B. der Besitzer einer chemischen Fabrik von dem Eigentümer des Nachbargrundstücks auf Unterlassung der Zuführung von Dämpfen verklagt worden, und fällt in diese Zeit ein die übermäßige Dampfentwicklung aufhebendes neues Verfahren, das auch vom Beklagten jetzt angewandt wird, so hat der Richter immer erst das Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des § 906 BGB. zu prüfen, bevor er dem Beklagten die Kosten auferlegt.

Selbst die vom Beklagten während des Prozesses verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe einer Sache zieht nicht ohne weiteres die Kostenlast des für erledigt erklärten Rechtsstreits für den Beklagten nach sich. Der von ihm verschuldete Untergang der Streitsache berechtigt den Kläger gemäß § 268 Z. 3 zur Schadensersatzklage überzugehen. Dieses Hilfsmittel ist ihm gewährt, damit er einer sonst erfolgenden Klagabweisung entgehen kann. Kläger ist zu dieser Klagänderung nicht gezwungen, er kann weiter ein Sachurteil verlangen bzw. die Klage zurücknehmen. Kann er aber dieses, so muß ihm auch das Recht zuerkannt werden, die Sache für erledigt zu erklären. Doch besagt jetzt die von ihm verschmähte Möglichkeit der Klagänderung und die damit meist verbundene Kostenpflicht des Beklagten, nichts Prinzipielles über den jedesmaligen Kostenträger. Das erledigende Ereignis ist vom Beklagten allerdings verschuldet. Dies aber hat bei der Beurteilung der Kostenfrage unberücksichtigt zu bleiben, da das erledigende Ereignis von der ZPO. für die auf Grund des hypothetischen Urteils ergehende Kostenentscheidung für unanwendbar erklärt worden ist. Im regulären Verfahren

wäre der Beklagte nur dann zur Kostentragung verurteilt worden, wenn die gemäß § 268 vom Kläger vorgenommene Klagänderung das neue Klagbegehren gerechtfertigt hätte. In dem Falle eines vom Beklagten verschuldeten Unterganges der Streitsache wäre der nunmehr zu erfolgenden Schadensersatzklage lediglich dann stattzugeben, wenn festgestellt wäre, daß Kläger der wirklich Berechtigte und Beklagter der zum Schadensersatz Verpflichtete war. Die Verneinung dieser Fragen zieht die Kostenverurteilung des Klägers nach sich. Wenn vom Kläger die Erledigung gewählt wird, so kann das Gericht in seinem hypothetischen Urteil nur über den ursprünglichen Klagantrag entscheiden und hiernach den Kläger bzw. Beklagten in die Kosten verurteilen. Der Kläger kann in jedem Falle wegen des sonst die Klagänderung begründenden materiell-rechtlichen Tatbestandes in einem zweiten selbständigen Prozeß die Schadensersatzklage erheben [49]). Mit dieser Klage kann er zugleich die ihm evtl. im ersten Prozeß auferlegten Kosten als Schaden geltend machen. Denn diese sind verursacht durch das dem materiellen Gebiet angehörige Verschulden des Beklagten. Daß über die Kosten bereits in dem Vorprozeß rechtskräftig entschieden ist, steht der Erhebung dieser neuen Klage nicht entgegen. Denn hier wird die Kostenerstattung aus einem neuen selbständigen Grunde gefordert. Dieselbe Rechtsfrage, ein eadem causa petere, liegt nicht vor. Für die Geltendmachung dieses Anspruchs in demselben Prozeß ist kein Raum [50]). Der Kläger will, wenn er die Erledigung beantragt; keine Klagänderung herbeiführen [51]). Im übrigen wäre die Klagänderung mit dem bloßen Antrage, über die Kosten zu entscheiden, schon deswegen abzulehnen, da für diesen jetzt zur Hauptsache gewordenen Kostenantrag das nach § 253 Abs. 2 Ziff. 2 notwendige Erfordernis der Bestimmtheit fehlt. Läge allerdings ein bezifferter Antrag vor — eine Seltenheit, denn wie hoch ist dieser, wer setzt ihn fest? —, dann wäre eine Klagänderung gemäß § 264 als sachdienlich zuzulassen [52]).

---

49) ZZP. 44, 130.
50) Vgl. RG. 54, 41; Seuff. Arch. 77, 246 a. E.
51) Vgl. S. 14.
52) Vgl. Friedländer, ZZP. 53, 24.

Was hinsichtlich des Erledigungsgrundes vom Beklagten gilt, muß grundsätzlich aber auch vom Kläger gelten. Erläßt z. B. derselbe während des Prozesses dem Beklagten die eingeklagte Schuld schenkungshalber, und erklären darauf beide Parteien den Rechtsstreit für erledigt, so treffen den Beklagten die Kosten, falls er tatsächlich nach den vorgetragenen Tatsachen zur Leistung verpflichtet war. In der Erledigungserklärung ist jetzt ebensowenig ein prozessualer Verzicht zu finden als wenn der Beklagte den Kläger während des Prozesses befriedigte. Denn der Kläger will nicht seine in der Klage aufgestellte Rechtsbehauptung widerrufen oder zurücknehmen; dies besagt deutlich sein aufrechtgehaltener Kostenantrag. Auch will er nicht das in der Klage gestellte Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz widerrufen, d. h. seine Klage zurücknehmen, sondern dieses hält er unter Beschränkung des Klagantrags auf die Kosten gerade aufrecht. Allerdings wird dieser angeführte Fall die Ausnahme gegenüber der Regel bilden, daß in den meisten Fällen die Aufgabe der Rechtsposition auf dem freiwilligen Entschluß des Klägers deswegen beruht, weil er die Undurchführbarkeit seines Klaganspruchs eingesehen hat. Dies vermag jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen. Ist jener Erlaß deswegen eingetreten, weil der Kläger der Meinung war, daß seine Forderung nicht bestand, so ist die Erledigungserklärung einer Klagerücknahme wohl ähnlich, darf aber deswegen nicht vollständig mit ihr identifiziert werden. Zur Verurteilung des Klägers in die Kosten kommt es hier deswegen, weil er als der objektiv zu Unrecht Streitende festgestellt wird, und nicht wegen der notwendig mit der Klagerücknahme verbundenen Kostenpflicht. Nur so erklärt sich der Umstand, daß für die „Klagezurücknahme“ nicht die sonst notwendige Einwilligung des Beklagten gefordert wird. Der Hilfskonstruktion einer stillschweigenden Einwilligung bedarf es nicht. Auch der Umstand, daß die Erklärung der Klagerücknahme nicht ausdrücklich zu erfolgen hat, sondern aus den äußeren Umständen zu folgern sei, steht dieser Ansicht nicht entgegen [53]). Wenn sich also die Aufgabe der Rechtsposition für den Kläger nicht zwangsläufig aus dem materiellen Recht ergibt, sondern trotz der besseren objektiven Rechtslage des Klägers erfolgt, so

53) a. A. RG. 75, 219. Vgl. aber auch RG. 66, 14 „kann“.

wird die ergehende Kostenentscheidung immer zu Gunsten des Klägers zu ergehen haben, da der bis zum erl. Ereignis objektiv zu Unrecht streitende Teil der Beklagte gewesen ist. Andernfalls trägt der Kläger die Kosten. Lediglich aus der den Abschluß bildenden Aufgabe der Rechtsposition folgt noch nicht die Voraussetzung für die Kostenauflage. Es sind auch hier die übrigen Voraussetzungen für die Verurteilung in die Kosten bei der Erledigung zu prüfen. M. E. liegt kein triftiger Grund für die sonst in solchen Fällen übliche Scheu der Gerichte vor der konsequenten Durchführung des Kostenprinzips vor. Die Ansicht, daß Kläger die Kosten tragen müsse, wenn die Erledigung durch sein Verhalten herbeigeführt ist, folgt aus der irrigen Umkehrung des § 93 ZPO. [54]).

Hinsichtlich eines unsere Ansicht rechtfertigenden Falles besteht bereits lebhafter Streit. Kläger, der auf Grund eines Kaufvertrages auf Zahlung des Kaufpreises und auf Abnahme der verkauften Ware geklagt hat, erklärt im Laufe des Rechtsstreits, daß er gemäß § 326 BGB. vom Kaufvertrage zurücktrete, und beantragt die Hauptsache unter Verurteilung des Beklagten in die Kosten für erledigt zu erklären, während der Beklagte seinen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag aufrecht erhält. Das OLG. Rostock [55]) entscheidet sich hier aus den oben abgelehnten Gesichtspunkten für die Verurteilung des Klägers [56]). Dadurch, daß er gemäß § 326 BGB. vom Kaufvertrage zurücktrete, habe er dem auf Erfüllung des Kaufvertrags gerichteten Klaganspruch die Grundlage entzogen; in seiner Erklärung, durch den Rücktritt sei die Hauptsache erledigt, wäre demnach ein Verzicht auf den Anspruch zu finden. Dagegen legen das Reichsgericht und andere Gerichte in neueren Entscheidungen dem Beklagten die Kosten auf, da, wenn der Hauptanspruch begründet gewesen sei, der Beklagte durch seinen Verzug das dem Kläger durch Gesetz gewährte Rücktrittsrecht und dadurch erst das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs herbeigeführt habe. Im übrigen müsse man an dem hypothetischen Urteil festhalten,

---

54) Friedländer, ZZP. 53, 24, Anm. 2. Vgl. auch OLG. 20, 301; RG. 54, 40.

55) OLG. 37, 131.

56) Vgl. auch Düsseldorf JW. 25, 1426. RG. JW. 19, 505; OLG. 23, 153; 27, 73; 31, 120, 37, 131.

da es keinen Unterschied mache, ob Kläger durch sein Verhalten die Erledigung des Klaganspruchs herbeigeführt hat. Hiermit nähert sich das RG. erheblich unserm Standpunkt [57]).

Ist in diesem Falle der Rücktritt während des Rechtsstreits erklärt, obgleich der Kläger schon vor der Klageerhebung hierzu in der Lage war, so macht dies keinen Unterschied für die Kostenauflage. Man kann nicht etwa dem Kläger die Kosten dieses Rechtsstreits dann auferlegen, wenn er den Rücktritt schon bei der Erhebung der Klage hätte erklären können und rechtfertigende Umstände für den später erst im Laufe des Prozesses erklärten Rücktritt nicht vorliegen [58]). Denn ist bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil im Verzug, so hat der andere das Recht, ihm gemäß § 326 BGB eine Nachfrist zu bestimmen, er kann sich aber auch auf die Geltendmachung des einfachen Erfüllungsanspruches beschränken. Wann er dazu übergehen will, im Wege der Nachfristbestimmung seinen Anspruch zu verfolgen, ist ihm grundsätzlich freigestellt. Jene andere Ansicht würde dieses freie Entschließungsrecht beschränken; denn nach ihr würde in der Nachfristbestimmung nach Erhebung der Erfüllungsklage eine Klagänderung zu sehen sein: d. h. der Kläger müßte zunächst abgewiesen und der Rechtsstreit somit doppelt geführt werden. Hierfür bietet der Wortlaut des Gesetzes keinerlei Handhabe. Auch ist es nicht Aufgabe der ZPO., derart in die materiell-rechtliche Stellung der Parteien einzugreifen.

Was aber von dem Falle des Rücktritts gilt, beansprucht auch Geltung für die anderen Fälle, wo der Kläger freiwillig seinen Klaganspruch auf die Kosten resp. Zustellung und Kosten beschränkt. Schließt z. B. der Kläger im Laufe des Rechtsstreits mit einem Dritten einen privativen Schuldübernahmevertrag gemäß § 414 BGB., verschafft er sich überhaupt die Leistung von einem Dritten während des Rechtsstreits [59]), immer ist der Kostenpflichtige durch das hypothetische Urteil festzustellen. Ein weiteres Argument für diese Ansicht scheint mir der § 265 ZPO. zu bieten [60]). Nach dieser

---

57) Seuff .Arch. 77, 245; Düsseldorf JW. 24, 425; KG. JW. 25, 148; JW. 27, 1655. OLG. 41, 270; 43, 128.

58) KG. JW. 1925, 148; RG. 88, 405; RG. 112, 262.

59) a. A. RG. JW. 1911, 769.

60) Vgl. auch Stein-Jonas zu § 265 IV.

Vorschrift wird das Recht der Parteien, die im Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten, nicht durch die Rechtshängigkeit berührt. Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Hat der Kläger veräußert, so kann ihm, sofern das Urteil nach § 325 ZPO. gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde, der Einwand der fehlenden Sachlegitimation entgegengesetzt werden; jedoch nur, wenn der Kläger seinen Klaganspruch in der Hauptsache weiterhin aufrecht erhält. Diese Folge kann also nicht eintreten, wenn der Kläger sofort den Rechtsstreit für erledigt erklärt, so daß das Verfügungsrecht der Parteien nunmehr in keiner Richtung eingeschränkt ist. Dieses freie Verfügungsrecht des Klägers würde aber wesentlich beschränkt werden, wollte man ihn ohne weiteres mit den Kosten belasten. Wie bei Veräußerung durch den Beklagten der Kläger seinen Klagantrag ändern, weiterverhandeln, die Erledigung bei unbestimmter Kostenfolge erklären kann, so hat auch der Kläger dasselbe uneinschränkbare Veräußerungsrecht.

Sehr strittig ist die Frage der Kostenauferlegung im Falle einer Gesetzesänderung, die während des Prozesses eintritt. Dem KG. lag folgender Tatbestand zur Beurteilung vor: Auf Grund des Tumultschadengesetzes wird ein Tumultschaden aus dem Jahre 1919 eingeklagt. Während des Prozesses, am 15. Mai 1920, erging das Reichsgesetz über die inneren Unruhen. § 15 dieses Gesetzes bestimmte, daß für Tumultschäden aus der Zeit seit dem 1. November 1918 ein Ersatz für Luxusgegenstände auch auf Grund der bisherigen Gesetze nicht mehr beansprucht werden könne; nur rechtskräftig festgestellte Ansprüche sollen nach Satz 2 unberührt bleiben [61]). Es bleibt zu prüfen, ob in solchen und ähnlichen Fällen unser Grundsatz ausnahmslos anzuwenden ist, indem man in der Gesetzesänderung den Erledigungsgrund sieht und die Kosten nach dem hypothetischen Urteil auferlegt. Die Konsequenz wäre dann, daß die diesem Urteil zugrunde liegenden Gründe aus dem materiellen Recht vor der Gesetzesänderung herzuleiten, und das neue Gesetz irrelevant für die Kostenauflage wäre [62]).

---

61) KG. JW. 1921, 472.
62) So KG. JW. 1921, 472; RG. 101, 162.

Diese Ansicht ist jedoch m. E. nur dann richtig, wenn sich das Gesetz keine rückwirkende Kraft zugelegt hat, sondern sein Inkrafttreten durch Art. 71 der Reichsverfassung vom 11. August 1919 geregelt ist. Denn hier ist zweifellos bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes von dem nach früherem Recht Berechtigten nicht unbegründet gestritten worden. Hier, wie früher das Reichsgericht[63]), dem Kläger unbedingt die Kosten auferlegen, hieße das Kostenprinzip verkennen, da sich die Rechtslage erst späterhin durch ein vom Willen der Parteien unabhängiges Ereignis geändert hat. Der Kostenauferlegung ist vielmehr das alte Recht zugrunde zu legen, da in diesem Falle das erledigende Ereignis, d. i. das neue Gesetz, selber unberücksichtigt zu bleiben hat. Sonst würde man letzten Endes die Feststellung des Kostenträgers von der jeweiligen mehr oder minder schnellen Tätigkeit der Gerichte abhängig machen und damit von einem Umstand, auf den die Parteien, wenn überhaupt, einen äußerst geringen Einfluß haben. — Tritt die Gesetzesänderung ohne Rückwirkung im Laufe einer Rechtsmittelfrist ein, so ist die rechtliche Beurteilung vor der Berufungsinstanz eine andere als vor der Revisionsinstanz. Aus der Natur der Berufung als Tatsacheninstanz ist für das reguläre, durch Urteil zum Abschluß gebrachte Verfahren zu folgern, daß das Gericht hier dasjenige Recht anzuwenden hat, das im Zeitpunkt der Entscheidung gilt. Erklärt nun der frühere Kläger, jetziger Berufungsbeklagter, den Rechtsstreit für erledigt, so ist auch hier zu verfahren, als wenn die Gesetzesänderung während der ersten Instanz eingetreten wäre, dem Erledigungsantrage stattzugeben und Beklagter mit den Kosten zu belasten, falls Kläger nach früherem Recht obgesiegt hätte. Dies folgt aus der Einheitlichkeit des Rechtsstreitbegriffs. Auch die Rechtsmittelfrist ist ein notwendiger Bestandteil des gesamten Rechtsstreitsverfahren, und obige Sachlage nicht etwa mit dem Fall der Gesetzesänderung vor Klageerhebung zu identifizieren: hier ist die Klage erst durch ein w ä h r e n d des Rechtsstreits eingetretenes Ereignis unbegründet geworden, dort war die Klage von Anfang an unbegründet.

Für die Revisionsinstanz führen andere Gesichtspunkte zu demselben Ergebnis. Aus den §§ 549, 550 ZPO. folgt, daß

63) JW. 1900, 507; 728; 1901, 483; revidiert RG. Bd. 57, 385; 58, 416.

die Prüfung, ob das Berufungsgericht ein Gesetz nicht oder nicht richtig angewandt hat, grundsätzlich auf das in der Zeit bis zum Erlaß des Berufungsurteils geltende Recht abzustellen ist und nicht auf Grundlage der erst nach diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Gesetze zu erfolgen hat. Denn diese können durch das Berufungsurteil noch nicht verletzt sein, da sie noch nicht existierten[64]). Tritt also vor Einlegung bzw. während der Revision die Gesetzesänderung ein, ohne sich rückwirkende Kraft beizulegen, so hat bei jetzt erfolgender Erledigungserklärung das Revisionsgericht derjenigen Partei die Kosten aufzuerlegen, die nach dem zur Zeit der Verkündung des Berufungsurteils geltenden Recht obgesiegt hätte. Es ist jedoch zu beachten, daß dieser Grundsatz vom Reichsgericht in mannigfachen Entscheidungen scheinbar durchbrochen ist[65]), wenn sich aus der Besonderheit des vorliegenden Falles die Zugrundelegung des materiellen Rechts nach dem Berufungsurteil vernotwendigte.

Andere Erwägungen greifen jedoch dann Platz, wenn sich das Gesetz rückwirkende Kraft entweder ausdrücklich oder stillschweigend beigelegt hat. In einem solchen Falle[66]) macht das neue Gesetz den Klaganspruch ex tunc illusorisch. Es ist jetzt so anzusehen, als ob die Klage von vornherein unbegründet gewesen wäre und Kläger mit den Kosten zu belasten[67]). Nur bereits rechtskräftig festgestellte Ansprüche unterliegen nicht mehr dieser Modifizierung, aber auch nur diese. Für die im Zeitpunkt der Gesetzesänderung rechtshängigen dasselbe zu folgern, liegt kein Grund vor, sofern das Gesetz es nicht ausdrücklich bestimmt. Die Fiktion der nunmehr unbegründeten Klage führt auch für die Revisionsinstanz zu anderen Folgerungen. In dem eingangs dieses Problems angeführten Fall war das ändernde Reichstumultschadengesetz vom 20. Mai 1920 nach Verkündung des Berufungsurteils erlassen. In dem fraglichen § 15

64) Vgl. RG. 45, 98, 418; 102, 151, 161; 108, 143; 77, 9; 63, 142; Gruch. 59, 503; u. a.

65) RG. 100, 244; 101, 164; 102, 152; 111, 320; 112, 206; 115, 208; — RG. 108, 143; 97, 161.

66) Vgl. S. 38.

67) Der Zeitpunkt der Rückwirkung muß selbstverständlich vor Klagerhebung liegen; andernfalls greifen die für nichtrückwirkende Gesetze oben entwickelten Grundsätze Platz.

1 c ist jedoch bestimmt, daß zwar die bisherigen Gesetze maßgebend seien, aber der Ersatz mittelbaren Schadens entgangenen Gewinns sowie der Ersatz für Gegenstände, die dem Luxusbedürfnis des Betreffenden dienen, nicht beansprucht werden kann. Hier unterliegt es keinem Zweifel, daß diese Vorschrift, soweit sie bestimmt, daß ein Ersatz der angeführten Schäden nicht beansprucht werden könne, in den Prozeßbetrieb direkt hineingreift. Die Revisionsinstanz kann nicht die rückwirkende Kraft jener Bestimmung durch Berufung auf die Vorschriften der ZPO. §§ 549, 550 beschränken. Der Fall liegt analog dem der authentischen Interpretation, wo durch ein späteres Gesetz der wahre Inhalt des früheren Gesetzes festgestellt wird. In diesem Falle ist ohne weiteres der Rechtssatz, den die Interpretation ausspricht, als schon zur Zeit der früheren Rechtsverhältnisse bestehend anzusehen, und demnach von der Revisionsinstanz zu berücksichtigen [68]).

Auf diesen Grundsatz beruhen auch die Reichsgerichtsentscheidungen über die Nichtigkeitserklärung von Patenten und ihre Einwirkung auf einen das Patent zur Voraussetzung habenden Prozeß [69]). Das Patent hat die Natur eines Spezialgesetzes, welches subjektive Rechte mit Wirkung gegen alle erzeugt wie eine objektive Rechtsnorm. Wird dieses Gesetz für nichtig erklärt, so erweist sich infolgedessen die Beurteilung durch den Vorderrichter insofern als unzutreffend, als sie einem „nichtigen Gesetz" Geltung verschafft hat; die Entscheidung des Revisionsgerichts hat darum das neue Gesetz zu berücksichtigen.

Eine stillschweigende Rückwirkung werden sich die Gesetze in den meisten Fällen nur dann zulegen, wo die Gesetzesänderung in das öffentliche Recht hinübergreift. Gerade durch diese zwingenden von Amts wegen ständig zu beachtenden Momente gibt das Gesetz zu verstehen, daß jeder rechtshängige Anspruch denselben zu unterliegen habe. Insofern ist die Anführung dieser Fälle sowie des Falles des Reichstumultschadengesetzes als Ausnahme des obigen Grundsatzes für die regulären Gesetze zu werten, da rückwirkende Gesetze notwendig andere rechtliche Wirkungen hinsichtlich bestehender Rechtsverhältnisse zeigen müssen als diejenigen, deren Geltung erst mit ihrem Inkrafttreten beginnt.

68) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1, S. 116.
69) RG. 63, 142; 65, 363; u. a.

Der angeschnittene Fall der Gesetzesänderung während der Rechtsmittelfrist und -instanz führt zur Untersuchung, ob die dort in Erscheinung tretenden Wirkungen dieses Erledigungsgrundes für alle übrigen Allgemeingültigkeit beanspruchen können. Betrachten wir noch einmal den Fall der Gesetzesänderung! Wird ein Gesetz in der Zeit zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und dem Erlaß des Urteils geändert, und erklärt der Kläger auf Grund dieser Tatsache den Rechtsstreit in der Berufungsinstanz für erledigt, so ist für die Beurteilung der Kosten immer das neue Gesetz heranzuziehen. Denn das erledigende Ereignis hätte in diesem Falle auch vom Vorderrichter berücksichtigt werden müssen, da die richterliche Entscheidung auf Grund des bis zur Verkündung des Urteils geltenden materiellen Gesetzes zu erfolgen hat[70]). Nicht so bei den übrigen Erledigungsgründen. Hier ergeht das Urteil, ohne daß das zwischen letztem Termin und Urteilsverkündung eintretende Erledigungsereignis irgendwelchen Einfluß auf den Prozeß hat. Man wird aber wohl dem Kläger hier das Recht zugestehen müssen, diese Tatsache dem Gericht sofort mitzuteilen, und der Richter wird in einem solchen Falle gemäß § 156 ZPO. am besten das Verfahren wieder eröffnen. Allerdings ist dem Kläger ein Recht auf Wiedereröffnung nicht gewährt. Findet eine Wiedereröffnung nicht statt oder gibt der Kläger dem Gericht den Erledigungsgrund nicht bekannt, so hat der Kläger in der evtl. stattfindenden Berufungsinstanz das Recht, den Erledigungs- und Kostenantrag zu stellen, sei er jetzt Kläger oder Beklagter. Der Antrag muß in der ersten Verhandlung gestellt werden. Das nunmehr ergehende Urteil hat das Erledigungsereignis unberücksichtigt zu lassen. Es findet lediglich eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils statt, dessen Ergebnis die Kostenfrage beeinflussen wird. Die Zulässigkeit der Berufung in derartig gelagerten Fällen kann nicht deswegen bestritten werden, weil sich die Hauptsache vor Einlegung der Berufung erledigt habe, eine jetzt eingelegte Berufung nur die Kostenfrage zu überprüfen habe und aus diesem Grunde die Berufung nach § 99 Abs. 1 als unzulässig zurückzuweisen sei[71]). Ist z. B. in der Vorinstanz eine Ent-

70) Vgl. Stein-Jonas zu § 300, III, 2.
71) RG. 27, 368; 29, 381; JW. 1900, 180.

scheidung zur Hauptsache ergangen, so ist der Rechtsstreit durch eine evtl. Befriedigung keineswegs erledigt. Dieser ist für das Gericht wie für die Parteien mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. -verzicht beendet. Zur Veranschaulichung möge folgender Fall dienen: Der Gastwirt A. klagt gegen B. eine Zechschuld ein. Zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und Verkündung des Urteils zahlt B. aus irgendwelchem Grunde, aber nicht in Anerkennung seiner Schuld z. B. um der vorläufigen Vollstreckbarkeit des seiner Ansicht nach ihn verurteilenden Erkenntnisses vorzubeugen. B. wird nunmehr zur Zahlung verurteilt. Das letzterem in diesem Falle die Möglichkeit der Berufung gegeben ist, wird wohl niemand bezweifeln. Nicht anders aber ist es, wenn er in Anerkennung des zukünftigen Urteils gezahlt hat, und ihm späterhin Bedenken über die Begründetheit des Anspruchs entstanden sind. Wohl kann in diesem Falle das Anerkenntnis in der Berufungsinstanz vom Berufungsbeklagten als Einrede geltend gemacht werden, die Tatsache der Erfüllung jedoch hindert den erfüllenden Beklagten nicht an der Berufungseinlegung überhaupt. Es kann ferner keinen Unterschied machen, ob Kläger oder Beklagter das Rechtsmittel ergreift [72]). Von beiden wird immer eine andere Entscheidung zur Hauptsache bezweckt. Die Zeit zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und Erlaß des Urteils ist ein Vorläufer zu der die Verbindung mit der Berufungsinstanz herstellenden Rechtsmitteleinlegungsfrist [73]). Es ist zu beachten, daß sich der Rechtsstreit noch w ä h r e n d seines wirklichen Bestehens erledigt hat, das Ereignis fällt nicht außerhalb seiner zeitlichen Erstreckung [74]). Einen gegenteiligen Standpunkt können lediglich die Vertreter jener Ansicht einnehmen, die in dem Berufungsverfahren ein vom erstinstanzlichen Verfahren getrenntes selbständiges novum indicium sehen. Diese Ansicht ist abzuleh-

---

72) Siehe S t e i n - J o n a s , § 338, I; selbstverständlich kann Berufungskläger nur der sein, der durch das anzufechtende Urteil beschwert ist, Kläger also nur, falls seinem Klagebegehren nicht stattgegeben wurde. (Vgl. W a l s m a n n , Anschlußberufung 47 und die dort angeführte Literatur.)

73) a. A. RG. 45, 412, vgl. auch R o s e n b e r g , § 153 II. JW. 1927, 845 (10); W a l s m a n n , Anschlußber. 93.

74) Urt. des RG. vom 30. November 1902 bei Gruch. 52, 1116.

nen[75]). Das Rechtsmittel der Berufung ist ein Teil des Prozeßverfahrens, es findet seine Grundlage in dem erstinstanzlichen Verfahren und der dort getroffenen Entscheidung. Dies wird vom Reichsgericht m. E. zu wenig berücksichtigt, wenn es das Rechtsmittel in ähnlichen Fällen wie den oben angeführten als unzulässig zurückweist, weil sich die Hauptsache erledigt habe und nunmehr ein „unbegründeter" Berufungsantrag vorliege. Zulässig ist der Berufungsantrag immer, da durch das Vorliegen eines formellen Urteils zur Hauptsache für den Kläger ständig ein Interesse an dessen Beseitigung gegeben ist. Solange dieses Urteil nicht rechtskräftig geworden ist, besteht immer noch Streit im prozessualen Sinne. Der Umstand der tatsächlichen Befriedigung vermag die Berufung nicht zu einer unzulässigen zu machen. — Was hinsichtlich des Eintritts des Erledigungsgrundes zwischen letzter mündlicher Verhandlung und Urteilsverkündung gilt, beansprucht insbesondere auch Geltung für den Erledigungsgrund, der zwischen Erlaß des Urteils und Einlegung der Berufung eintritt. Hier ist auf Antrag des Klägers — ohne Unterschied, ob er Berufungskläger oder -beklagter ist — die Erledigung auszusprechen und nach dem hypothetischen Urteil über die Kosten beider Instanzen zu erkennen. Denn die Kostenverurteilung erfolgt immer für alle Instanzen zugleich, da das letztinstanzliche Urteil rückwirkend feststellt, wer objektiv zu Unrecht in diesem Rechtsstreit gestritten hat. Ein teilweises Unterliegen, das die Teilung der Kosten nach den Instanzen zur Folge hätte, gibt es grundsätzlich nicht[76]). Im Tenor ist unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die Erledigung auszusprechen und lediglich über die Kosten zu erkennen. Ist die Erledigung gegen den Willen der anderen Partei ausgesprochen, so ist das ergehende Urteil ein Sachurteil, gegen das das weitere Rechtsmittel der Revision gegeben ist. Ist der Erledigungsantrag dagegen von beiden Parteien übereinstimmend erklärt, so hat das nunmehr erfolgende Berufungsurteil ebenso wie das Urteil der ersten Instanz lediglich deklaratorischen Charakter; seine Rechtsmittel sind gemäß § 99 Abs. 3 § 568 zu beurteilen.

---

75) Ihre Widerlegung s. Walsmann, Anschlußbr. S. 48.

76) Durchbrochen ist dieses Prinzip vom RG. in JW. 1893, 499, 3; OLG. 19, 71 u. 72.

War dagegen der Erledigungsgrund schon in erster Instanz vor Erlaß des Urteils eingetreten, und hatte der Kläger trotzdem einen Erledigungsantrag nicht gestellt, so ist für die ebenfalls aus obigen Gründen zu bejahende Berufung [77]) für die Zulässigkeit des Erledigungsantrags in dieser Instanz zu beachten, daß das erstinstanzliche Urteil insoweit zu vollem Recht erging, als es den Erledigungsgrund nicht berücksichtigte. Wie aber der Kläger den Erledigungsantrag in erster Instanz unmittelbar nach Kenntnis des Erledigungsgrundes geltend machen mußte, wollte er einer Kostenverurteilung wegen der dann nicht zu berücksichtigenden Erledigung entgehen, so ist er auch jetzt in der Berufungsinstanz nicht zu hören. Dies ergibt sich außer aus dem bereits oben Dargelegten, insbesondere aus der für die zweite Instanz vom Gesetz angestrebten Konzentration des Parteivorbringens [78]).

Während der Fall der Gesetzesänderung für die Revision unter Umständen erheblich sein konnte und von dieser immer zu berücksichtigen war, wenn sich das Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt hatte oder das öffentliche Recht streife, bzw. wenn es in der Zeit zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und Verkündung des Berufungsurteils in Kraft getreten war, gilt dies nicht für die übrigen Erledigungsgründe. Die §§ 549, 550 ZPO. beschränken die Tätigkeit des Revisionsgerichtes lediglich auf die Nachprüfung, ob die Entscheidung des Berufungsrichters dem materiellen Recht entsprach. Der auf einer nach Verkündung des Berufungsurteils eingetretenen Erledigungstatsache sich stützende Erledigungsantrag muß von dem Revisionsgericht zurückgewiesen werden, da seiner Beurteilung nicht mehr „neue Tatsachen“ unterliegen, sondern lediglich die rechtliche Begründetheit des Berufungsurteils, § 549. Dagegen ist die Revision begründet, wenn lediglich über die im Vorprozeß ausgesprochene Erledigung hinsichtlich ihrer Gültigkeit zu befinden ist. Der Revisionskläger kann die Revision nicht darauf stützen, daß der im Tatbestand des Berufungsurteils aufgestellte Erledigungsgrund nicht eingetreten sei, denn die Nachprüfung der festgestellten Tatsachen ist nicht Aufgabe

---

77) a. A. RG. 57, 29—.

78) Vgl. § 529, Abs. 2 ZPO.

der Revisionsinstanz, wohl aber darauf, daß die festgestellte Tatsache niemals einen Erledigungsgrund bilde [79]).

Auch eine erst während der Revisionsinstanz eintretende Erledigung darf von derselben nicht beachtet werden, da sie der Aufgabe derselben widerspricht. Ebenso wie die Erhebung neuer Ansprüche, auch durch Erweiterung des Klaganspruchs, d. h. die Klagänderung für die Revision ausgeschlossen ist, ist es die Beschränkung des Klaganspruchs, die Erledigung. Daß das Revisionsgericht dadurch evtl. ein Urteil bestätigt, das materiell nicht mehr gerechtfertigt erscheint, muß als eine der nachteiligen Folgen hingenommen werden, die sich aus der Aufgabe der Revisionsinstanz ergibt, die aber gegenüber den großen Vorteilen einer durch Verweigerung der Entgegennahme neuen Prozeßstoffes ermöglichten endgültigen Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses kaum ins Gewicht fällt.

Ergeht die Erledigungserklärung entgegen dem Widerspruch des Beklagten, so war gegen diese Entscheidung als eine Entscheidung zur Hauptsache das Rechtsmittel der Berufung und Revision gegeben. Ihre Behandlung ergibt keine weiteren Schwierigkeiten. Liegen jedoch übereinstimmende Parteierklärungen hinsichtlich der Erledigung vor, so war die Kostenentscheidung keine Entscheidung zur Hauptsache. Gegen diese ist gemäß § 99 Abs. 3 die sofortige Beschwerde gegeben. Während früher über die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde Streit herrschte, ist man heute hierfür zu einheitlichem Rechtssatz gelangt: nur dann ist die sofortige Beschwerde zulässig, wenn in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre [80]). Danach ist gegen die nach übereinstimmendem Erledigungsantrag ergehenden Kostenurteile des Amtsgerichts und erstinstanzlichen des Landgerichts die sofortige Beschwerde gegeben, während sie gegen die Urteile der Berufungsinstanz bei den Landgerichten durch das Fehlen der Revision § 568 Abs. 3 [81]), bei den Oberlandesgerichten durch § 567 Abs. 3 ausgeschlossen ist. Die erstinstanzlichen reinen Kostenurteile werden erst mit dem Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig, sie sind jedoch nach § 794 Ab-

---

79) Vgl. Rosenberg, § 88, IV.
80) So die Plen.-Entsch. RG. 57, 310.
81) Vgl. S. 44.

satz 3 sofort vollstreckbar. Die Beschwerdesumme muß 30 Reichsmark übersteigen, § 567 Abs. 2 i. V. m. Art. I Nr. 3 der weiteren Entlastungs- und Gerichtskostenverordnung vom 13. Dezember 1923 und der Bekanntmachung vom 13. Mai 1924 (RGbl. I S. 437). Sinkt diese Beschwerdesumme bis zur Entscheidung über die Beschwerde unter 30 Reichsmark herab, so liegt ein Fall des nachträglichen Unzulässigwerdens des Rechtsmittels vor; die Beschwerde ist jetzt als unzulässig zu verwerfen [82]).

b) Bei übereinstimmenden Parteierklärungen hatte der evtl. in den Tenor aufgenommene Ausspruch des Gerichts: „Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt" lediglich deklaratorischen Charakter. Die wichtigste Folgerung hieraus ist, daß dieser Teil des Tenors in keiner Weise an der sonst wichtigsten Wirkung einer Endentscheidung teilnimmt: er ist der formellen und damit auch der materiellen Rechtskraft unfähig [83]). Er unterliegt aus diesem Grunde einerseits nicht mehr der Berufung bzw. Revision, andererseits ist aber auch keine Partei daran gehindert, z. B. bei Leistungsklagen den dem Klagebegehren zugrunde liegenden materiellen Anspruch in einem neuen Prozeß als neuen Tatsachenstoff, über den Beweis zu erheben ist, oder als einen neuen Klagegrund einzuführen. Wenn die durch übereinstimmende Erklärungen herbeigeführte Prozeßbeendigung für den neuen Prozeß als Einrede evtl. von Bedeutung wird, hat der Richter die Entscheidung des Vorrichters nicht als eine präjudizielle hinzunehmen, sondern, da sie nicht in Rechtskraft erwachsen ist, selbständig nachzuprüfen. Auf Grund seiner Nachprüfung kann er dann zu einem ganz anderen Resultat kommen wie der Vorrichter.

Anders dagegen bei dem entgegen dem Widerspruch des Beklagten erlassenen Erledigungsurteil. Hier ist die Entscheidung eine solche zur Hauptsache [84]). Der notwendig in den Tenor mitaufzunehmende Satz: „Der Rechtsstreit wird in der Hauptsache für erledigt erklärt" ist darum nach allgemeinen

---

82) So die neueren RG.-Entsch. Bd. 107, 53; 113, 249; 118, 149; — a. A. RG. 18, 418; 20, 430; u. a.

83) Im folgenden wird die von Rosenberg aufgestellte modifizierte prozessuale Rechtskrafttheorie zugrunde gelegt.

84) Vgl. S. 22.

Grundsätzen der formellen und materiellen Rechtskraft fähig. Schwierigkeiten bereitet hier das Ausmaß der materiellen Rechtskraft. Das materiell rechtskräftige Urteil hat keinerlei Einfluß auf das materielle Recht, sondern stellt lediglich fest, ob das auf rechtskraftfähige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren, das durch den Antrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt gekennzeichnet wird, diese Rechtsfolge hat oder nicht. Über diese Feststellung ist dann vermöge der Rechtskraft jede erneute Beurteilung, die zu einem abweichenden Urteil über die rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge führt, ausgeschlossen [85]). Daraus folgt dann die Bindung der staatlichen Organe [86]) und der Parteien an diese Entscheidung. Gemäß § 322 Abs. 1 ZPO. erstreckt sich der Gegenstand und Umfang der Rechtskraft eines Urteils soweit, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Ausgesprochen wird diese Entscheidung in dem Tenor des Urteils. Gegenstand und Umfang der Rechtskraft sind jedoch nicht lediglich aus dem Tenor, sondern auch aus dem Tatbestand und den Gründen zu ermitteln [87]), da der bloße Tenor niemals ergibt, welcher Anspruch der Verurteilung zugrunde liegt und rechtskraftfähig festgestellt ist bzw. welcher Anspruch bei der Klagabweisung als nicht bestehend feststeht.

Für das Erledigungsurteil scheint ein Moment überhaupt gegen die Möglichkeit der Rechtskraftfähigkeit zu sprechen. Die Formel, der Rechtsstreit wird in der Hauptsache für erledigt erklärt, stellt nicht unmittelbar fest, ob bei Leistungsklagen der materiell-rechtliche Anspruch auf dessen Erfüllung geklagt ist, besteht oder nicht, ob bei Feststellungsklagen das streitige Recht oder Rechtsverhältnis, ob bei Gestaltungsklagen das geltend gemachte materiell-rechtliche Recht auf Rechtsänderung besteht oder nicht. Es entsteht somit die Frage, wie weit reicht die Rechtskraft des Erledigungsurteils. Daß das Erledigungsurteil rechtskraftfähig ist, hatten wir bereits dargelegt. Kann der Kläger nun trotz Vorliegen dieser Rechtskraft den materiellen Anspruch in einem späteren Ver-

---

85) Walsmann, Judizium Bd. 1, S. 314, a. A. Rosenberg, § 154, II, 3.

86) Ausnahme der Strafrichter § 262 StPO.

87) Vgl. RG. 33, 4; 52, 327; 97, 121.

fahren erneut geltend machen oder steht diesem die Einrede der Rechtskraft entgegen? Es ist davon auszugehen, daß über den materiellen Anspruch eine unmittelbare Entscheidung im Tenor des Erledigungsurteils nicht ausgesprochen ist, sondern daß lediglich der Klaganspruch des Klägers als früher bestehend, nun nicht mehr vorhanden hingestellt wird. Daß der materielle Anspruch des Klägers im Laufe des Prozesses untergegangen ist, sich erledigt hat, ist die Voraussetzung und Begründung für die im Erledigungsurteil ausgesprochene Entscheidung. Diese Begründung nimmt jedoch an der Rechtskraft selber nicht teil. Es ist somit nicht rechtskräftig festgestellt, daß der materielle Anspruch des Klägers erloschen ist. Der Kläger kann demnach auf Grund seines materiellen Anspruchs jederzeit eine erneute Klage anstrengen, ohne daß ihm die Einrede der res judicata entgegengesetzt werden könnte. Der Fall der Erledigung liegt analog dem der übrigen Prozeßurteile. Wird die Klage z. B. wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abgewiesen, so wird über den erhobenen Anspruch sachlich nicht entschieden, und dennoch ist auch das Prozeßurteil eine Entscheidung zur Hauptsache und als solche nach herrschender und richtiger Auffassung [88]) rechtskraftfähig.

Würde jedoch hier dem Kläger, der zum zweiten Mal den Anspruch des ersten Prozesses einklagt, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt, so müßte diese mit Rücksicht auf die rechtskräftige Feststellung der Erledigung verworfen werden.

Der § 82 des Aufwertungsgesetzes.

Als Abschluß für die vorliegende Arbeit mag im folgenden kurz auf eine gesetzliche Regelung der Erledigung des Rechtsstreits, den § 82 des AufwG., eingegangen werden. Von einer Behandlung des § 628 ZPO. wird Abstand genommen, da dieselbe nur zu Wiederholungen von bereits früher Gesagten führen muß [89]).

88) Anders die materiell-rechtliche Theorie.

89) An dieser Stelle mag darum auf die einschlägigen Kommentare und die Dissertation von Grosse, der diese Vorschrift zum Ausgangspunkt seiner ganzen Arbeit macht, hingewiesen werden.

§ 82 AufwG. bestimmt, daß, falls infolge der Vorschriften des Gesetzes über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen vom 16. Juli 1925, ein anhängiger Rechtsstreit seine Erledigung findet, jede Partei die ihr entstandenen außergerichtlichen Kosten selber trägt und die Gerichtskosten niedergeschlagen werden [90]).

Durch die Aufstellung der Bedingung bringt diese Vorschrift klar zum Ausdruck, daß die Erledigung Voraussetzung der von ihr gewollten Kostenregelung ist. Die Erledigung selbst ist eine von den Willen der Parteien gänzlich unabhängige Folge. Der Erledigungsgrund ist hier die vollständige und restlose Klärung des anhängigen Rechtsstreits durch Vorschriften des AufwG. Wann eine solche vorliegt, läßt sich nur für jeden Fall unter Berücksichtigung aller Umstände feststellen. In Verfolg der oben entwickelten Grundsätze und in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht [91]) läßt sich nur sagen, „daß die Voraussetzungen für den § 82 AufwG. dann gegeben sind, wenn infolge der Vorschriften des Gesetzes für die Parteien ein Interesse an der Fortführung des Rechtsstreits in der Hauptsache — im Gegensatz zum Kostenpunkt — nicht mehr gegeben ist." Über das Vorliegen des Erledigungsgrundes befindet allein das Gericht. Rechtsausführungen der Parteien darüber, daß die Erledigung eine Folge des Aufwertungsgesetzes ist bzw. nicht, können die Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht beschneiden oder gar gänzlich aufheben [92]). Mag auch eine Einigung der Parteien über diesen Punkt vorliegen, so hebt sie doch keineswegs die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht der Gerichte überhaupt auf [93]). Die oft vertretene Ansicht [94]), daß Voraussetzung der Anwendung des § 82 AufwG. die übereinstimmende Erledigungserklärung sei, ist unhaltbar. Ist der Klaganspruch nach früherem Recht begründet, durch das Aufwertungsgesetz aber hinfällig geworden, so vermag einerseits der Beklagte nicht aus oben erwähnten Gesichtspunkten die Erledigung herbeizuführen, andererseits ist aber dem Kläger das Recht, den

---

90) Dieselbe Kostenregelung findet sich auch im § 52 c MSchG.
91) RG. 112, 304.
92) JW. 1920, 188; 1926, 194 u. a.
93) JW. 1925, 2582.
94) ZZP. 51, 303.

jetzt unbegründeten Anspruch in dem anhängigen Verfahren weiter zu verfolgen, nicht genommen. Stellt er den Erledigungsantrag nicht, so wird die Klage abgewiesen.

Diese sämtlichen Erscheinungen decken sich ungefähr mit denen der gewöhnlichen Erledigung. Eine Besonderheit besteht insofern, als das Gericht ein Nachprüfungsrecht und -pflicht hat, ob tatsächlich der Erledigungsgrund vorliegt. Eine weitere Besonderheit ist in den Wirkungen festzustellen. Hier kommt es für die Feststellung des Kostenträgers nicht darauf an, wer nach früherem Recht als der objektiv zu Unrecht Streitende anzusehen ist, sondern ohne innere Begründung und im Widerspruch zu prozessualen Grundsätzen läßt der Gesetzgeber jede Partei ihre eigenen außergerichtlichen Kosten selbst tragen, während die Gerichtskosten niedergeschlagen werden. Diese Kostenregelung greift jedoch nur für die durch das Aufwertungsgesetz geregelten Fälle Platz; ist der Klaganspruch nicht durch die Regelung des Aufwertungsgesetzes hinfällig geworden, sondern ist sie wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abzuweisen, so kann der Kläger selbstverständlich nicht die für ihn günstigere Kostenregelung des § 82 AufwG. in Anspruch nehmen, da es hier aus ganz anderen Gründen zur Klagabweisung kommt. Ist die Klage nach früherem Recht unbegründet, durch das Aufwertungsgesetz aber begründet worden, so vermag nur ein sofortiges Anerkenntnis des Beklagten den Kläger mit der Kostenlast des § 93 belasten; im Falle der Aufrechterhaltung des Klagabweisungsantrages durch den Beklagten würden hier die Kosten auf den Beklagten abzuwälzen sein [95]).

Die Fassung des § 82 ist keineswegs die ideale Lösung der umstrittenen Kostenfrage bei der Erledigung der Hauptsache. Trotz allem ist sie als ein großer Fortschritt und zugleich Wegweiser in diesem Gebiete zu begrüßen: allein durch gesetzliche Regelung werden die jetzt bei der Kostenfrage auftauchenden Schwierigkeiten zu beseitigen sein.

---

95) JW. 1925, 25, 82.

Lebenslauf.

Als Sohn des Oberpostsekretärs Fritz Baerwald am 30. Juni 1906 in Ribnitz geboren, besuchte ich die Vorschule der Rostocker Realschule und sodann das Rostocker Gymnasium, welches ich Ostern 1925 absolvierte. Ich hörte an den Universitäten Rostock und München Rechtswissenschaft und bestand am 12. November 1928 vor der Prüfungskommission in Rostock das Referendarexamen. Seit dieser Zeit bin ich den hiesigen Behörden zur Beschäftigung überwiesen.